This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

Rd. June 1, 1900.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

TOMO XIII

3177 Spain. Laws, statutes, etc. Civil

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

695

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO XIII

De la herencia.

A) De la capacidad para suceder por testamento y sin él.
B) De la institución de heredero.
C) De la sustitución.
D) De las instituciones condicionales ó á término.

MADRID
IMPRENTA DE RICARDO ROJAS
Campomanes, 8.—Teléfono 316.

1897

Es propiedad del autor.
Queda hecho el depósito
que marca la ley.

Rec. Mar. 26, 1900.

CÓDIGO CIVIL

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (secciones 1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª del capítulo II del título III del libro III del Código) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos extranjeros.

PROYECTO DE 1851

DE LA HERENCIA

Libro III.—Título I.—Artículos 561 y 562, 600 al 639 y 708 al 716.

Título I: De las herencias.—Capítulo II: De las herencias por testamento (artículos 561 y 562).—Capítulo IV: De la capacidad para disponer y adquirir por testamento (artículos 600 al 623).—Capítulo V: De la institución y sustitución de herederos (artículos 624 al 639).—Capítulo IX: De las condiciones y objeto ó fin de las disposiciones testamentarias (artículos 708 al 716).

Consideraciones generales.—Una rápida ojeada por el resumen que precede descubre desde luego las diferencias que separan al proyecto de 1851, del Código vigente.

Por lo pronto, llama la atención la diversidad del tecnicismo en orden á lo fundamental de la materia; y así, mientras el proyecto que vamos á comparar usa de la voz herencia en su sentido genérico y comprensivo del testamento lel *ab-intestato*, fundándose, según Goyena, en que la abra sucesión es más vaga, y en las tradiciones del

derecho patrio, el Código vigente adopta el concepto amplio de dicho término fonético «*Sucesiones*», para significar el hecho de la transmisión, y la palabra herencia para expresar el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones que se transmiten. Es decir: la herencia conserva en el Código la acepción que le comunicaron los civilistas del 51; abarca el testamento y el *ab-intestato*, pero toda esta vastísima composición jurídica aparece como limitada, como encuadrada, dentro del marco de *Las sucesiones*.

No es, pues, de extrañar que en el proyecto de 1851 abriera el legislador dos grandes paréntesis para tratar en el primero de las herencias testamentarias y en el segundo de las herencias sin testamento. En el Código actual, la herencia se considera más bien como el conjunto de los derechos y obligaciones transmisibles, y por eso, como en un plano, el legislador desarrolla el proceso hereditario en su iniciación «*Capacidad para suceder por testamento y sin él*» y en su contenido, «*Institución de heredero*», «*Sustituciones*», «*Instituciones condicionales*», «*Legítimas*», «*Mejoras*», «*Derechos del cónyuge viudo*», «*Derechos de los hijos ilegítimos*», «*Desheredación*», «*Mandas y legados*», y, finalmente, «*Albaceas ó testamentarios*».

No son sólo estas diferencias sustanciales de plan las únicas que median entre el proyecto y el Código; por lo que respecta á la materia que ha de ser estudiada en el presente volumen, es de notar que el proyecto desarrolla las instituciones hereditarias y las sustituciones en un solo capítulo, aunque en secciones distintas.

Finalmente, las instituciones condicionales trátalas el Código á continuación de las sustituciones, y el proyecto, desenvuelve esta doctrina en capítulo aparte y á continuación de las mandas ó legados, bajo la siguiente enunciación: *De las condiciones y objeto ó fin de las disposiciones testamentarias*. Y dadas estas breves noticias en punto al plan, entraremos en la comparación del articulado.

De la capacidad para suceder.—Según el art. 607 del proyecto, eran incapaces:

1.° Todos los que tuvieren prohibición absoluta de adquirir.

2.° Los religiosos profesos de órdenes reconocidas por las leyes del Reino, mientras que, con arreglo á sus constituciones y reglas, no volviesen al siglo. En este caso adquirían capacidad, según el proyecto, para testar y para recibir por testamento.

3.° Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reuniesen las circunstancias prescritas en el art. 107.

4.° Las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por las leyes.

Como nuestros lectores saben, las incapacidades hoy sólo se extienden á las criaturas abortivas y á las Asociaciones ó Corporaciones ilegales.

El Código vigente ha concedido á las Iglesias, Cabildos, Diputaciones y Ayuntamientos la facultad de adquirir por testamento bienes de todas clases, con tal que se subordinen á lo dispuesto en el art. 38.

Cuando se redactó el proyecto latía con fuerza la corriente desamortizadora, y así no es de extrañar que en su artículo 608 estableciera que las Iglesias y Cabildos eclesiásticos, los Ayuntamientos y Concejos, los Establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, y todos los Cuerpos ó Asociaciones que se comprenden bajo la denominación de manos muertas, no pudieran adquirir, por testamento, bienes inmuebles de ninguna especie, y que para adquirir bienes muebles les fuese necesaria autorización especial del Gobierno.

No obstante lo rigoroso de la antedicha disposición, consintió el proyecto en su art. 609 que los Establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública pudieran adquirir capitales de censo y acciones de rédito fijo sobre alguiera empresa, y toleró asimismo que pudiera un testa-

dor disponer que por los herederos ó albaceas se enajenasen todos ó algunos de sus bienes inmuebles y se entregara á los dichos establecimientos el precio resultante de la enajenación, aunque tanto en un caso como en otro sería preciso obtener la autorización del Gobierno.

Así el proyecto como el Código ordenan lo propio para el caso de una disposición hecha á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población. La única diferencia estriba en que el Código atribuye la facultad de calificar los pobres y distribuir los bienes á la persona que con dicho especial objeto designare el testador,—particular que el proyecto hubo de omitir,—y en que éste no requería la intervención del Juez municipal para el desempeño de dichos actos en defecto de albacea. Téngase en cuenta, para explicar la diferencia, que cuando el proyecto se escribió, los Alcaldes eran al mismo tiempo Jueces de paz.

Coinciden el Código y el proyecto en lo de reputar nula toda disposición hecha á favor de persona incierta, á menos que por cualquier evento pudiera resultar cierta (artículos 750 y 561).

Lo propio ocurre entre los artículos 751 y 562, declarativos de que la disposición hecha simple y generalmente á favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos.

Estos dos últimos artículos, 561 y 562, que en el Código actual figuran en la categoría (á lo menos por su colocación) de preceptos definidores de la capacidad para recibir por testamento, hubieron de insertarse en el proyecto en la *sección 1.ª del cap. II, tít. I*, nominada: *De la naturaleza y efectos del testamento.*

Al lado de las incapacidades absolutas, tales como la de las mal llamadas criaturas abortivas, y la de las Asociaciones y Corporaciones no permitidas por la ley, colocan los expositores y los Códigos otras incapacidades que no derivan

de la naturaleza física del individuo, sino de su posición jurídica, causas verdaderamente ocasionales, y por lo mismo calificadas de relativas en oposición á las absolutas.

Entre las relativas mencionaba el proyecto de 1851, tomándola del Código Napoleón, la de los médicos y cirujanos que hubiesen asistido al testador y las esposas de aquéllos; los cuales y éstas no podrían percibir nada á virtud del testamento que el enfermo hubiere hecho durante su última enfermedad. Esta incapacidad relativa no alcanzaba á los médicos y cirujanos parientes del testador hasta el cuarto grado.

Extendía el proyecto la incapacidad decretada para los médicos y cirujanos á los sacerdotes que hubieren asistido espiritualmente al enfermo, á los parientes de aquéllos dentro del cuarto grado y á sus Iglesias, Cabildos, Comunidades é Institutos. El Código conserva esta última incapacidad, pero ha borrado la primera.

Sin duda previendo mayor peligro, dada la intervención directa que en las disposiciones de última voluntad tienen los Notarios, el Código sanciona la prohibición que el proyecto impuso á los Escribanos y testigos de un testamento abierto, sus esposas y parientes ó afines dentro del cuarto grado, para beneficiarse con lo que el testador hubiere dispuesto en su obsequio.

Causa extrañeza que la regla de sana prudencia establecida por el art. 753 del Código y que envuelve la ineficacia de la disposición testamentaria hecha por el pupilo á favor de su tutor antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, fuese rechazada por los civilistas del proyecto, tan conspicuos y temerosos con los médicos y cirujanos, y tan confiados con los tutores. No justificaba esta conducta la disculpa dada por Goyena de que la demasiada suspicacia

legislador hace poco honor á la moral existente y daña
i siempre á la futura, ni mucho menos la regla del *Digesto*
ue *casus adventitii non sum computandi.* Si los redac-
s del proyecto fueron suspicaces con los médicos y ciru-

janos, no había razón para que no lo fueran con los tutores, y en rendimiento á esta beatífica candidez, proscribieran el artículo 907 del Código Napoleón, hoy reverdecido con mucha lógica en el Código vigente.

Un artículo, el 615, existía en el proyecto de 1851, cuya doctrina iniciada en el *Codex Iustinianus,* amparada en tiempos no muy distantes por el Código sardo, y transplantado, aún más recientemente, al Código italiano, hubo de llamar la atención de los autores del proyecto, quienes la acogieron estableciendo que el cónyuge binubo no pudiese dejar por testamento á su viudo ó viuda, sino lo que le fuere lícito dejar á un extraño. Tampoco, seguía diciendo el proyecto, podrá dejar á ninguno de los hijos del segundo ó ulterior matrimonio sino una porción igual á la que hubiere de recibir el hijo menos favorecido de las primeras nupcias.

Todavía en el proyecto de 1882 existía este artículo despojado de los ingertos que le hicieron los redactores del anterior proyecto, pero ni aun en su primitiva pureza ha sido conservado, y en el Código vigente no se observan rastros de dicho texto.

Por lo que atañe á la nulidad de la disposición testamentaria otorgada á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de un contrato oneroso, ó se haga á nombre de persona interpuesta, así el proyecto como el Código muéstranse coincidentes en la doctrina. La diferencia estriba en que mientras el proyecto, siguiendo el ejemplo del Código Napoleón, del holandés, del sardo, etc., determinaba expresamente que por personas interpuestas debían reputarse el padre, madre, hijos y descendientes y el cónyuge del incapaz, el Código prescinde de dicha determinación.

Llegamos ya á las causas de indignidad.

Según el art. 617 del proyecto que comparamos, son indignos, y como tales no pueden adquirir por testamento:

1.° El condenado en juicio por delito ó tentativa de ho-

micidio contra la persona de cuya herencia se trate, contra su cónyuge ó contra sus descendientes.

Si alguno de los herederos forzosos incurre en esta causa de indignidad, pierde también su derecho á la legítima.

2.° El heredero, mayor de edad, que sabedor dentro de un mes de la muerte violenta del difunto, no la denuncia á la justicia, cuando ésta no ha procedido ya de oficio sobre aquélla.

Si los homicidas fuesen ascendientes ó descendientes, marido ó mujer del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.

3.° El que voluntariamente acusó ó denunció al difunto de un delito que por la ley sea castigado con la pena de cadena perpetua ó la de muerte.

4.° El condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto.

5.° El pariente del difunto que, hallándose éste loco ó demente y abandonado, no cuidó de recogerle ó hacerle recoger en un establecimiento público.

6.° El que para heredar estorbó por fuerza ó fraude que el difunto hiciera testamento, ó revocara el ya hecho, ó sustrajo éste, ó forzó al difunto para testar.

Las causas de indignidad expresadas en este artículo, comprenden también á los legatarios.

Diferénciase este art. 617 de su correspondiente el 756 del Código:

a) En que el primero habla de la indignidad como causa que incapacita para *adquirir por testamento*, y el segundo de esa misma indignidad como determinante de *incapacidad para suceder*, siquiera tanto uno como otro la hagan extensiva á la sucesión por testamento y á la *abintestato*.

El proyecto, empleando la frase *adquirir por testamento*, desde luego á entender que las causas de indignidad mprenden también á los legatarios, aparte de que expre-

samente lo consigna en el último párrafo del art. 617. El Código, al decir «*son incapaces de suceder*» abre el campo á la crítica, porque en el rigor técnico y jurídico los legatarios no pueden llamarse sucesores del difunto, siquiera la cuestión haya quedado resuelta por el art. 660, según el cual, los legatarios *suceden* á título particular. Pero además nótanse otras diferencias, que consisten:

b) En que el proyecto incluía entre las causas de indignidad, reputando indigno, al pariente del testador que, hallándose éste loco ó demente y abandonado, no cuidara de recogerle ó hacerle recoger en un establecimiento público, y el Código vigente ha suprimido este motivo.

c) En que el Código ha añadido entre las indignidades la de los padres que abandonen á sus hijos y prostituyan á sus hijas ó atenten á su pudor, cuya causa no existía en el proyecto que comparamos.

Complementando la doctrina de las incapacidades por razón de indignidad, insertaba el proyecto un artículo, el 618, á cuyo tenor perdían todo derecho á lo que se les hubiese dejado en el testamento, el tutor testamentario y el albacea que se excusasen de admitir su respectivo cargo ó que fuesen removidos por sospechosos después de admitido.

El Código, sin ninguna razón atendible, en nuestro sentir, ha fraccionado la doctrina del art. 618 del proyecto, trasladando la mitad pertinente á los tutores al art. 251, incluído en el capítulo que trata de las excusas de la tutela y protutela, y la otra mitad, relativa á los albaceas, al art. 900 de la *sección 1.ª, cap. II, tit. III, lib. III.*

Reina la más absoluta conformidad entre el art. 619 y el 757 del proyecto y Código respectivamente, expresivos ambos de que las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si habiéndolas sabido después, las remitiese en document público.

Lo propio cabe afirmar por lo concerniente á los artícu-

los 758, 759, 760 y 761 del Código y los 620, 622 y 623 del proyecto.

Comprendía, además, el referido proyecto una declaración innecesaria, que con muy buen acuerdo ha sido suprimida por el Código, cual era la de que la indignidad ó incapacidad relativas á una cosa ó persona no se extiende á otra persona ó cosa: Por el contrario, ha añadido el Código una declaración fundamental, que no existía en el proyecto. Es esta la que formula el art. 762, á cuyo tenor, no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

De la institución de heredero.—Comparando esta parte del proyecto con la que al desenvolvimiento de la misma materia dedica el Código vigente, échase de ver la labor de pulimento y complementación realizada por este último con los materiales que le aportaran el proyecto y los Códigos europeos y americanos promulgados posteriormente.

Comienza el proyecto por una declaración sustancial con la que también inicia la *sección* correspondiente el Código civil que nos rige. «El que no tiene herederos forzosos puede disponer en testamento de todos ó de parte de sus bienes por los títulos expresados en el art. 556 (herencia y legado).»

Sigue exponiendo en el artículo siguiente (625): «La institución de heredero no es necesaria para la firmeza del testamento. Tampoco lo es la aceptación de la herencia por el heredero. En uno y otro caso se cumplirán las disposiciones del testamento; y en el resto de los bienes de que no hubiere dispuesto el testador, se heredará con arreglo al título siguiente (herencia *ab-intestato*). Ya aquí el proyecto, rompiendo la tradición romana que veía en la institución del redero, *caput atque fundamentum totius testamenti*, si- ó la ruta de la ley Recopilada, á la que también se ha gado, como no podía ser menos, el Código vigente.

Los herederos instituídos sin designación de partes, he-

redan con igualdad, dijo el proyecto, y lo propio ha repetido en su art. 765 el Código.

Si el heredero ó herederos no han sido instituídos en la totalidad de los bienes, sino en una parte ó cosa determinada, el remanente pasará á los herederos legítimos con arreglo á lo dispuesto en el título correspondiente, á menos que haya otros coherederos instituídos sin designación de partes.

Esto expuso el proyecto, consagrando la fórmula de que se puede morir parte testado y parte intestado, antagónica del antiguo axioma romano, y esto ha repetido el art. 764 del Código.

Finalmente, cerró la *sección* el proyecto diciendo, en su artículo 628, que al heredero instituído en cosa cierta y determinada se le estimará como legatario de ella, doctrina igual á la consignada en el art. 768 del Código vigente.

Los artículos 766, 767, 769, 770, 771, 772 y 773, sin ascendencia directa en el proyecto de 1851, son el resultado de una labor de adaptación realizada posteriormente, y de la que es buena prueba el proyecto de 1882. Así, pues, el artículo 766 deriva del 3.450 del Código mejicano, el 767 del 3.380 del mismo Cuerpo legal, el 769 del 3.504 de Méjico y del 1.797 del Código de Portugal, el 760 de los 3.505 y 1.798 de Méjico y Portugal respectivamente, el 771 de los 3.506 y 1.799 de los mismos Derechos, el 772 de los 3.507 y 3.508 del Código de Méjico, y el 773 de los artículos 3.509 y 3.510 del repetido Código de la República mejicana.

De la sustitución.—Planeado el proyecto de 1851 bajo las inspiraciones del Código napoleónico y al calor de la mala impresión que entonces reinaba en la ciencia jurídica contra las sustituciones fideicomisarias, nada de extraño tiene que después de aceptar la sustitución vulgar y la pupilar, proscribiera en absoluto las sustituciones fideicomisarias, diciendo que toda sustitución fuera de las señaladas en los artículos 629, 630 y 638 se consideraría fideicomiso, y, por tanto, nula cualquiera que fuese la forma con que se la encubriera.

En la prohibición de las sustituciones fideicomisarias quedaron también comprendidas :

1.° La disposición por la que se declarase inalienable toda ó parte de la herencia.

2.° Aquella por la que fuese llamado un tercero al todo ó parte de lo que restase de la herencia al morir el heredero.

3.° Las que bajo cualquier nombre ó forma tuviesen por objeto dejar á uno el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplicase ó invirtiese según las instrucciones comunicadas por el testador.

Añadía también el proyecto: «Si la disposición se hubiese hecho para distribuir los bienes en iglesias, conventos, fundación de capellanías ú otros fines semejantes, se entenderá otorgada en favor del alma, y para la calificación y distribución de bienes se asociará á las personas que menciona el art. 610, la que el testador hubiese designado.»

Vistas las prohibiciones, examinemos ahora las permisiones.

Por lo pronto, en el art. 629 establecía el proyecto que la sustitución en segundo ó ulterior grado para caso de que el nombrado en grado anterior no quisiera ó no pudiera aceptar la herencia (sustitución vulgar), era la única reconocida por la ley, salvo lo dispuesto en el art. 638, que más adelante veremos. Y en consonancia con esta declaración, el art. 630 establecía que todo testador podía sustituir en los términos expresados; que la sustitución para uno de los dos casos comprendía el otro, á menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, y que la sustitución simple y sin expresión de casos comprende ambos.

Coincidiendo los artículos 631 del proyecto y 778 del Código, expresan que pueden ser sustituidas dos ó más personas á una sola, y al contrario, una sola á dos ó más herederos. La propia coincidencia échase de ver entre los artículos 693 y 779, según cuyo contexto, si los herederos

instituídos en partes desiguales fueson sustituídos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador. También concuerdan los artículos 634 y 780 del proyecto y Código, declarativos de que el sustituído quedará sujeto á las mismas cargas que el instituído, á menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario expresamente, ó que los gravámenes ó condiciones fuesen meramente personales del instituído.

Entre las permisiones que el proyecto de 1851 establecía figuraban:

a) La posibilidad legal de dejar el testador á una persona la nuda propiedad, y el usufructo á otra ú otras, con la limitación impuesta en el art. 437.

b) La de poder el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúber para el caso en que éste muriere antes de llegar á la pubertad (sustitución pupilar).

c) La de poder dejar un padre la parte libre de sus bienes á un hijo con la carga de haberlos de restituir á los hijos que el segundo tenga ó tuviere en adelante, limitándose la restitución á los nietos del testador, sin pasar á otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución quedaba sujeto á todas las obligaciones del usufructuario.

Por último, así en el proyecto como en el Código, los preceptos concernientes á las sustituciones son de aplicación común á las herencias y á los legados.

Varias disposiciones reguladoras de la sustitución fideicomisaria encuéntranse en el Código que no hallaron aposento en el proyecto; pero esto se explica porque, según dijimos al principio, aquél se redactó en un tiempo en que las sustituciones fideicomisarias eran miradas con prevención y antipatía, estimándolas como un puente por el que podía cruzar de nuevo á la vida del derecho la institución vincular.

De las instituciones condicionales.—Trata el proyecto

esta materia en el *cap. IX, tít. I del lib. III,* cuyo capítulo lleva el siguiente enunciado: «*De las condiciones y objeto ó fin de las disposiciones testamentarias.*»

Principia por referirse á los artículos que se ocupan de las condiciones en los contratos, de la propia suerte que el Código vigente lo hace en el art. 791.

Sienta á renglón seguido la regla substancial de que las condiciones imposibles, las contrarias á las leyes ó buenas costumbres, se tienen por no puestas, y en nada perjudican al heredero ó legatario, aun cuando el testador hubiere dispuesto lo contrario.

Reputa sin ningún valor la condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, á menos que haya sido impuesta al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

Consiente que pueda dejarse á cualquiera el usufructo, uso, habitación ó una pensión ó prestación periódica por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

Con respecto á la condición puramente potestativa, expresa que ésta ha de ser cumplida por el heredero ó legatario después de la muerte del testador y con noticia de que les había sido impuesta, exceptuándose el caso en que la condición ya cumplida no pudiera reiterarse.

En punto á las condiciones casuales y mixtas declara que bastará que se realicen ó cumplan en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa.

Si la condición había existido ó se había cumplido al hacerse el testamento y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida. Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando sea de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

Seleccionando de entre aquellos elementos extraños que lían confundirse con la condición y viciar la doctrina, stableció el proyecto en su art. 714 que la expresión del eto ó aplicación que haya de darse á lo dejado por el tes-

tador, ó la carga que él mismo se impusiere, no se entenderá condición si no pareciere sea ésta su voluntad. Y añadió: Lo dejado de esta manera podrá pedirse desde luego y es transmisible á los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador, y en caso contrario, la devolución con sus frutos é intereses.

Cuando, sin culpa ó hecho propio del legatario, no pueda cumplirse el legado en los mismos términos que ordenó el testador, deberá cumplirse en otros los más análogos y conformes á su voluntad.

Finalmente, estableció el proyecto de 1851, por lo atinente á las condiciones negativas ó de no hacer ó no dar, que si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuese de una de las clases mencionadas, cumplirán éstos con afianzar *(caución muciana)* que no harán ó no darán lo que les fué prohibido por el testador, y que en caso de contravención devolverán lo percibido con sus frutos é intereses.

Si comparamos el proyecto con el Código, observaremos que aquél ha servido á éste de antecedente en la mayor parte de los preceptos. Digno es, sin embargo, de observar que en el Código que nos rige hállanse previstas todas las contingencias jurídicas á que pueden dar margen las condiciones suspensivas, siquiera la idea no sea original de los legisladores patrios, que se han limitado á tomarla de los Códigos de Italia y Méjico. En el proyecto que comparamos no se mencionaban particularmente las condiciones suspensivas, ni en su consecuencia se establecieron las medidas precautorias á que se contraen los artículos 801 al 804 del Código vigente.

PROYECTO DE 1882

DE LA HERENCIA

Libro III.—Título III.—Capítulo I. (Artículos 741 al 790 y 877 al 892.)

Título III: De las sucesiones.—Capítulo I: De la sucesión testamentaria.—Sección 3.ª: De la capacidad para adquirir y disponer por testamento (artículos 741 al 763).—Sección 4.ª: De la institución de heredero (artículos 764 al 774).—Sección 5.ª: De la sustitución (artículos 775 al 790).—Sección 9.ª: De la institución condicional ó á término (artículos 877 al 892).

Consideraciones generales.—Son tan parecidos el proyecto de 1882 y el Código vigente, que sin recelo puede afirmarse que las diferencias que median entre ambos son pocas en número y pocas en importancia.

Respecto al plan, ambos cuerpos incluyen en el *tít. III del lib. III* lo concerniente á la herencia, si bien los capítulos son diferentes, porque mientras el Código habla de la *capacidad para adquirir y disponer por testamento* en el *capítulo II*, el proyecto lo hace en el *I*.

Conviene también hacer notar que el cuerpo legal civil vigente no establece solución de continuidad entre la *sección* que se ocupa de la *sustitución* y la que se refiere á la *institución de heredero ó del legado condicional ó á término*, mientras que el proyecto á que nos referimos en este estudio comparativo trata de la primera en la *sección 5.ª* y de la segunda en la *sección 9.ª*, dejando por medio las *secciones 6.ª*, *7.ª* y *8.ª*, comprensivas de 103 artículos.

Estas son las diferencias más notables que con respecto al plan se perciben.

De la capacidad para adquirir por testamento.—Como, egún ya hemos hecho notar, son muy pocas las variantes ue existen entre los dos cuerpos que venimos comparando, amos desde luego á señalarlas, advirtiendo previamente que

allí donde no apuntemos diferencia, se entiende que son completamente iguales el proyecto y el Código.

La primera que salta á la vista se contrae á los artículos 745 y 742 del Código y del proyecto respectivamente, por cuanto este último, además de considerar incapaces para suceder á las criaturas abortivas y á las asociaciones no permitidas por la ley, incluye también á los religiosos profesos, á menos que se secularicen ó que sus comunidades queden suprimidas.

El art. 751 del proyecto de 1882, equivalente al 754 del Código vigente, estableció la misma prohibición que este último con respecto al Notario autorizante del testamento, su esposa, parientes ó afines dentro del cuarto grado, y á los testigos del testamento abierto; mas el Código, llevando su previsión á más alto grado, por lo mismo que su labor es de segunda mano, y sobre materia ya desbastada, aplica las disposiciones del artículo á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.

Entre las incapacidades por algunos autores llamadas relativas (causas de indignidad), inserta el Código la de los padres que abandonen á sus hijos, prostituyan á sus hijas ó atenten contra su pudor, cuya causa gravísima no figuraba en el proyecto.

Establecía el art. 752 del referido proyecto que el cónyuge binubo no podía dejar al nuevo cónyuge mayor porción de la que hubiere dejado al hijo menos favorecido del primer matrimonio. Esta doctrina, trasplantada del art. 770 del Código de Italia, ha sido suprimida en el Código patrio por innecesaria, dado el sistema legitimario y de reservas implantado. De otra parte, ¿cómo cercenar al testador, sea ó no binubo, el derecho de disponer á su albedrío y en favor de quien quiera, del tercio de libre disposición?

El art. 756 del proyecto tiene su equivalente en el 90(colocado en la *sección 11.ª*, que trata de los albaceas ó te tamentarios, y á cuyo tenor, el albacea que no acepte

cargo ó lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.

Tomado del art. 3.457 del Código de Méjico, figuraba en el proyecto de que nos ocupamos el art. 761, según el cual, la incapacidad y la indignidad no producen el efecto de privar de la herencia al indigno ó incapaz sino mediante su conformidad ó después de declarada en juicio á petición de algún interesado, sin que pueda procederse de oficio.

El Código vigente ha suprimido la manifestación expresa de la anterior doctrina, pero manteniendo tácitamente el mismo principio, lo ha completado en su aspecto más interesante, disponiendo en el art. 762 que no podrá deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

Finalmente, el art. 763 del proyecto, según el cual, «si el que entró en posesión de la herencia ó el legado y la perdió después por incapacidad ó indignidad, hubiere enajenado ó gravado el todo ó parte de los bienes antes de la interposición de la demanda de incapacidad ó indignidad, el contrato será válido habiendo tenido el otro contrayente buena fe, pero el heredero incapaz ó indigno estará obligado á indemnizar al legítimo del valor de los bienes», tiene su eco en el artículo 760 del Código.

De la institución de heredero.—La *sección 4.ª, cap. I, título III del lib. III* del proyecto de 1882, dedicada á desenvolver la materia jurídica que indica el enunciado, es por completo idéntica á la *sección 2.ª, cap. II, tit. III, lib. III* del Código en vigor, cuyo objeto es exponer la misma doctrina.

Ligeras correcciones de estilo perciben se de vez en cuan-
pero en lo fundamental de los textos y número de los
ículos existe tan marcada igualdad, que la comparación se
ıvierte en imposible, por cuanto proyecto y Código se
ıfunden.

De la sustitución.—Aquí las variantes son más perceptibles y las vamos á enumerar, no porque afecten á la esencia de la institución, sino para perfeccionar este trabajo comparativo.

El Código, en su art. 775, dispone que los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años *para el caso en que mueran antes de esa edad*, y en el artículo siguiente, 776, marca la misma edad para nombrar sustituto á los descendientes que hayan sido declarados incapaces por enajenación mental. El proyecto fija para el primer caso diez y seis años y la mayor edad para el segundo.

Preceptúa el Código, art. 777, que las sustituciones pupilar y ejemplar, cuando el sustituído tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos. El proyecto no hacía esta salvedad, y en el art. 778 declaraba que sólo serían válidas las antedichas sustituciones cuando el sustituído careciese de herederos forzosos.

De la institución de heredero y del legado condicionales ó á término.—En el proyecto y en el Código, ambas secciones son iguales, no conduciendo á nada el compararlas artículo por artículo.

ALEMANIA

Código civil promulgado en 18 de Agosto de 1896 para que empiece á regir en 1.° de Enero de 1900.

Cuando en Julio del año último comenzamos la impresión del tomo XII, paralizada algún tiempo por causas ajenas á nuestra voluntad, aún no era proyecto el que con todos los honores de la más solemne promulgación ha ascendido á la categoría de Código, y por cierto de los más

científicos, meditados y, si se nos permitiera la frase, diríamos que de los más romanos que rigen en Europa.

Terminada la impresión del tomo XII en Febrero de este año, como proyecto tuvo que aparecer el estudio escrito é impreso cuando efectivamente aún era proyecto el actual Código germánico.

Hoy le reconocemos ya su verdadera personalidad en el campo del derecho positivo, pero nos proponemos seguir en su estudio un plan meramente de exposición y no comparativo, puesto que la heterogeneidad que se nota entre el Código alemán y el español fuerza á ello.

Claro es que quebrantaremos algo la contextura formal de la obra de los legisladores germanos, pero esto sólo con el fin de no insertar en el actual volumen y en los sucesivos textos extraños á las materias que en los mismos se estudien y comenten.

*
* *

DE LAS SUCESIONES

Consideraciones preliminares.—Consagra el Código alemán el *libro V* á tratar de la sucesión, dividiéndolo en nueve secciones.

Ocúpase la primera *Del orden legal de las sucesiones;* la segunda, *De la posición jurídica del heredero;* la tercera, *Del testamento;* la cuarta, *De los pactos sucesorios;* la quinta, *De la reserva (cuotas legítimas);* la sexta, *De la indignidad para suceder;* la séptima, *De la renuncia de la sucesión;* la octava, *De la declaración de heredero*, y la novena, *De la venta de la herencia.*

Divídese la *sección II* en cuatro títulos, que tratan:

El *título I,* de la aceptación y repudiación de la sucesión y de las funciones del Tribunal de la sucesión.

El *título II*, de la responsabilidad del heredero por las deudas de la sucesión.

El *título III*, de la petición de herencia.

El *título IV*, de la pluralidad de herederos.

Abarca el *título II* cinco capítulos, á saber:

Cap. I.—Obligaciones de la masa hereditaria.

Cap. II.—Llamamiento de los acreedores de la masa.

Cap. III.—Responsabilidad restringida del heredero.

Cap. IV.—Inventario.—Responsabilidad ilimitada del heredero.

Cap. V.—Excepciones dilatorias.

Abarca el *título IV* dos capítulos, á saber:

Cap. I.—Relaciones de los herederos entre sí.

Cap. II.—Relaciones entre los herederos y los acreedores de la masa.

Divídese la *sección III* en ocho títulos, que tratan:

El *título 1.*—De disposiciones generales concernientes á los testamentos.

El *título II.*—De la institución de heredero.

El *título III.*—De la sustitución fideicomisaria.

El *título IV.*—De los legados.

El *título V.*—De las cargas y gravámenes.

El *título VI.*—De los ejecutores testamentarios.

El *título VII.*—De la confección y revocación del testamento, y

El *título VIII.*—Del testamento común

Basta pasar la vista por este rápido bosquejo del *lib. V* del Código germánico para hacerse cargo de su radical diferencia, estudiado comparativamente, con el español.

No podía el Código alemán desentenderse de aquellos cánones fundamentales que son como el gozne donde descansa y gira toda la teoría sucesoria, ya se sigan las huellas del derecho romano, ya, desentendiéndose de ellas, se pretenda innovar; y en la expresión de estos dogmas, claro es que coinciden la obra de los codificadores germánicos y el mínimo Código patrio; pero en el concepto de la sucesión en la contextura de las instituciones que se cobijan bajo el enunciado general, en la misma implantación de las disposi-

ciones contractuales (pactos sucesorios), son el Código alemán y el patrio al modo de antípodas de la misma esfera jurídica.

*
* *

De la capacidad para recibir por herencia.—Carece el Código que exponemos de un título especialmente consagrado á determinar quiénes son capaces de suceder. Así es que los textos concernientes á dicho objeto los hemos de encontrar en la *sección 1.ª* y en el *tít. I* de la *sección 3.ª*

En la categoría de regla básica enuncia el art. 1.923 el principio sustancial de que no puede ser heredero el que no viva en el momento del fallecimiento del causante.

Sin embargo, añade el artículo: «aquel que en el momento de determinarse la sucesión no hubiere nacido, pero hubiese sido concebido, se le reputará nacido antes de la muerte del causante de la herencia».

Como quiera que las personas jurídicas sólo pueden heredar por testamento y en modo alguno *ab intestato*, el Código alemán, reformando el proyecto, ha llevado á cada capítulo correspondiente la consagración de la capacidad para adquirir por testamento de la persona jurídica.

* Son indignos de suceder:

Primero. Los que por una acción punible diesen ó intentasen dar muerte al causante ó le colocasen en tal situación de hecho que quedara incapacitado para manifestar su última voluntad.

Segundo. Los que por un hecho contrario á la ley impidiesen al causante otorgar ó revocar su testamento.

Tercero. Los que en contra del derecho ó por amenazas ó dolo obligasen al testador á otorgar su disposición de última voluntad en un determinado sentido, ó á revocarla.

Cuarto. Los que con respecto á las disposiciones de última voluntad incurriesen en alguno de los delitos previstos los artículos 267 al 274 del Código penal (*art.* 2.339).

* La sucesión indebidamente recibida por un indigno, puede ser impugnada en derecho por medio de la acción de nulidad.

La acción de nulidad no es admisible, mientras el indigno no haya entrado en la sucesión de su causante.

Si se tratase de un sustituido fideicomisariamente, indigno, la acción de nulidad puede ejercitarse después de abierta la sucesión, pero antes de tener efecto la sustitución.

* La acción deberá ejercitarse en el término de un año. Este término comenzará á correr desde el momento en que aquel que tuviere derecho á invocar la nulidad hubiese tenido conocimiento de los hechos determinantes de la misma.

El plazo para intentar la nulidad será de treinta años, á contar del momento en que la sucesión hubiese recaído en el indigno, si la acción no estuviese ya prescrita (*artículos 2.340 y 2.082*).

* Tiene capacidad para pedir la nulidad, cualquiera que obtenga provecho de la exclusión del indigno, sea por su propio derecho ó derivando este derecho del de otro heredero á quien deba suceder *(art. 2.341)*.

* La nulidad debe demandarse por conducto de una acción intermedia de declaración de indignidad. En su consecuencia, la nulidad no surte efectos sino cuando la sentencia declarativa de la indignidad adquiera la fuerza de cosa juzgada (*art. 2.342*).

* La acción de nulidad se extingue cuando el causante perdona al indigno (*art. 2.343*).

* Cuando un heredero sea declarado indigno, se presume que aún no se ha deferido la sucesión.

En este caso, la sucesión pasa al que hubiese sido llamado, si el indigno hubiese vivido al determinarse jurídicamente la sucesión; presumiéndose que esta transmisión tiene lugar al tiempo del fallecimiento del causante (*art. 2.344*).

* Cuando un legatario incurriere en una de las causas

de indignidad establecidas en el art. 2.339, perderá su derecho al legado.

Lo mismo rige con relación al reservatorio por lo que respecta á su cuota legítima (reserva) *(art. 2.345)*.

*
* *

Conocido ya, al tenor del Código germánico, quiénes son capaces de suceder y quiénes carecen de capacidad, ya por imposibilidad física ó causa moral de indignidad, procede exponer algunos artículos que el referido Código insertá entre las disposiciones generales relativas á los actos de última voluntad y el Código patrio en la *sección* titulada «De la capacidad para suceder por testamento y sin él».

* Cuando el testador instituyese á sus herederos legítimos sin especial designación, los que hubiesen sido sus herederos en la época en que la sucesión se defiera, se aprovecharán de la liberalidad proporcionalmente á sus cuotas legítimas.

Cuando la liberalidad estuviese subordinada á una condición suspensiva ó á un término inicial y éste se cumpliere después del fallecimiento del causante, debe presumirse, en caso de duda, que los favorecidos son aquellos que hubiesen sido herederos legítimos del causante si éste no hubiere fallecido hasta el momento en que el acontecimiento de la condición tuviera lugar ó el término se cumpliere *(art. 2.066)*.

* Si en una disposición de última voluntad los parientes ó los más próximos parientes del testador son favorecidos sin especial designación, debe presumirse, en caso de duda, que los que hubiesen sido herederos *ab-intestato* del finado, son los instituidos, según las reglas de la sucesión legítima, atendiéndose para determinar cuáles personas deben considerarse herederos legítimos á la época en que la sucesión se abra (*art. 2.067*).

* Cuando en una disposición de última voluntad los

hijos del causante sean instituídos sin especial designación, debe presumirse, en caso de duda, que también á los descendientes de un hijo ya fallecido al tiempo de la otorgación del testamento, que habrían sido llamados en el supuesto de una sucesión legítima, les alcanza el beneficio y deben obtener la parte que el hijo fallecido hubiese logrado de haber sobrevivido; y todo esto según las reglas de la sucesión *abintestato* (*art. 2.068*).

* Si el testador instituyese á uno de sus descendientes, y éste muriese ó renunciase después de otorgado el testamento, se admite, en caso de duda, que sus descendientes son los instituídos en la forma con que en la sucesión legítima hubiesen sucedido á su ascendiente (*art. 2.069*).

* Cuando en una disposición de última voluntad los descendientes de un tercero (extraño) hubiesen sido instituídos sin especial designación, debe presumirse, en caso de duda, que no han sido favorecidos los descendientes que no hubiesen nacido ni sido concebidos al tiempo de abrirse la sucesión, ni, si la liberalidad ha sido hecha bajo una condición suspensiva ó un término inicial, si la condición ó el término no se realizan sino después de deferirse la sucesión, los que no hubiesen sido engendrados todavía en el momento de realizarse la condición ó cumplirse el término (*artículo 2.070*).

* Cuando el testador en su última disposición instituyese sin designación especial una clase determinada de personas que estuviesen ligadas con él por razón de servicios ó negocios, debe presumirse, en caso de duda, que los favorecidos son aquellos que pertenecían á dicha clase é interesados en los expresados servicios ó negocios al tiempo de abrirse la sucesión (*art. 2.071*).

* Cuando en una disposición de última voluntad se instituye á los pobres sin designación de personas, debe presumirse, en caso de duda, que se ha querido instituir á la Casa pública de caridad (*Armenkasse*) del Municipio donde el

finado hubiere tenido su último domicilio, con la carga de distribuir la liberalidad entre los pobres (*art. 2.072*).

* Cuando en una disposición de última voluntad el testador designase al instituído de tal suerte que quepa aplicar la institución á varias personas, dudándose cuál de ellas ha sido favorecida por el finado, se presume que todas han sido instituídas por partes iguales (*art. 2.073*).

En el proyecto germánico existían, entre estas disposiciones generales concernientes á los testamentos, otros textos que en el Código figuran ya en su lugar correspondiente, v. gr., el art. 1.769 del proyecto, inserto hoy en el 2.151 del Código, relativo á la doctrina de los legados.

En cambio, no figuraba en el proyecto el siguiente artículo:

* La disposición de última voluntad, por virtud de la cual el testador favoreciere á su cónyuge, queda sin efecto cuando el matrimonio es nulo ó se ha disuelto antes de la muerte del causante.

Se equipara á la disolución del matrimonio el caso en que, al tiempo de su muerte, el testador, teniendo el derecho de pedir el divorcio por la falta de su consorte, hubiese ya intentado dicha acción de divorcio ó la de separación.

La disposición testamentaria por la cual un prometido en matrimonio (esponsales) hubiere instituído á su futuro esposo, queda sin efecto cuando los esponsales se rompen antes de la muerte del testador *(art. 2.077)*.

Tales son los preceptos más interesantes del Código alemán insertos en la categoría de disposiciones generales, pero cuyos equivalentes inclúyelos el Código patrio en la *sección 1.ª, cap. II, tit. III, lib. III*.

***

De la institución de heredero. — Por el bosquejo que al nenzar este estudio hemos hecho, se viene en conoci-

miento de que el Código germánico consagra un *título* á tan interesante materia. Vamos á exponerlo literalmente para que nuestros lectores puedan percibir la radical diferencia que media entre el aludido Código y el patrio.

Dice el art. 2.087 que cuando de una disposición de última voluntad resulte la intención del testador de que su patrimonio, bien en su universalidad ó en una fracción del mismo, pase á una determinada persona, se reputará esta liberalidad como una institución hereditaria, aun cuando el favorecido no haya sido designado con el nombre de heredero.

Cuando la liberalidad del testador se contraiga á un objeto determinado de su patrimonio, debe presumirse, en caso de duda, que no ha querido instituir heredero al favorecido, al menos que expresamente le atribuyese dicha cualidad.

* Cuando el difunto hubiese instituído un solo heredero, pero limitando la institución á una fracción de la herencia, ábrese la sucesión legítima para el resto del patrimonio hereditario.

Lo propio ocurrirá cuando el difunto hubiese instituido á muchos herederos, pero limitando la cuota de cada uno á una fracción de la herencia, sin distribuir ésta en su totalidad (*art. 2.088*).

* Cuando, instituídos varios herederos por partes alícuotas del patrimonio, no abarcasen éstas la totalidad de la herencia, si del contexto de la disposición se dedujera que la intención del testador había sido la de que los designados fuesen sus únicos herederos, se considerarán éstos respecto á la fracción excedente como instituídos en la misma proporción á la cuota con que cada uno hubiese sido favorecido (*artículo 2.089*).

* Cuando, en el caso de haber sido instituídos muchos herederos por fracciones de la herencia, excediesen éstas del caudal hereditario, se reducirán en proporción á la cuota con que cada uno hubiese sido favorecido (*art. 2.090*).

* Cuando fueren instituidos varios herederos sin designación individual de parte, se entienden todos instituidos por cuotas iguales, á menos que haya que aplicar los artículos 2.066 al 2.069 *(art. 2.091)*.

* Cuando en el caso de institución de muchos herederos, unos hayan sido instituidos por fracciones y los otros sin indicación de parte, estos últimos recogerán el resto disponible de la herencia. Pero si las fracciones abarcasen la totalidad, procede la reducción proporcional de tal suerte que para cada uno de los herederos instituídos sin restricción, resulte una parte igual á la del heredero favorecido con la porción menor (*art. 2.092*).

* Cuando varios herederos hayan sido instituidos conjuntamente en una misma parte de la herencia, rigen respecto de la porción común las disposiciones de los artículos 2.089 á 2.092 (*art. 2.093*).

Los artículos transcritos constituyen la mayor parte del *título II*; restan otros varios textos que, aunque comprendidos bajo el mismo enunciado *De la institución de heredero*, dicen relación al llamado derecho de acrecer, y por dicho motivo los omitimos.

Las disposiciones del Código alemán son tan minuciosas y acusan una previsión tan intensa, que pueden ofrecerse como modelos dignos de detenido estudio. Todavía es la observación más acentuada en lo relativo á las sustituciones fideicomisarias.

* * *

DE LAS SUSTITUCIONES

a) *De la sustitución vulgar.*—El Código alemán se ocupa la sustitución vulgar dentro del mismo título destinado á institución de heredero, considerando, sin duda, que la stitución vulgar es una doble institución ó una serie escaada de instituciones.

Expresa el art. 2.096 que el testador puede instituir á un nuevo heredero (*ersatzerbe*) para el caso en que la primera institución quede sin efecto.

* Cuando alguno es instituído como sustituto para el caso en que el primer instituído no pueda ser heredero ó no quiera aceptar la herencia, se entiende, si hubiere duda, que la sustitución comprende ambos casos (*art. 2.097*).

* Cuando muchos herederos instituídos sean sustitutos vulgares los unos de los otros, ó cuando uno de los instituídos deba ser sustituído por varios de los demás herederos instituídos, debe presumirse, en caso de duda, que son sustitutos vulgares en proporción de las partes por las cuales hayan sido instituídos.

Si en el primer caso, algunos de los herederos han sido instituídos conjuntamente en una misma porción, debe presumirse, en caso de duda, que estos últimos han sido sustituídos vulgarmente con preferencia á los otros herederos en cuanto á la fracción común hereditaria (*art. 2.098*).

* El derecho hereditario del sustituto vulgar goza de preferencia sobre el del heredero por razón de acrecimiento (derecho de acrecer) (*art. 2.099*).

b) De la sustitución fideicomisaria.—* El testador puede instituir un heredero de tal suerte que sólo obtenga esta condición jurídica cuando un heredero anterior deje de serlo (*artículo 2.100*).

* Si se instituyese heredero á alguno que aún no hubiese sido engendrado en el momento de determinarse jurídicamente la sucesión, debe presumirse, en caso de duda, que se le ha instituído como sustituto fideicomisario.

Si no fuese esta la voluntad del difunto, la institución quedará ineficaz.

Lo propio ocurrirá cuando se trate de una persona jurídica que no logre existencia legal sino después del fallecimiento del causante, sin que por esto se considere derogado el art. 84 (*art. 2.101*).

* En caso de duda, debe presumirse que el que es instituído como sustituto fideicomisario (*nacherbe*) es también sustituto vulgar (*ersatzerbe*).

Cuando sea dudoso si se trata de una sustitución vulgar ó fideicomisaria, se presume existente esta última (*artículo 2.102*).

* Cuando el testador hubiese dispuesto que el heredero, vencido un término ó sucedido un acontecimiento, transmita la sucesión á otra persona, debe presumirse que ésta sustituye fideicomisariamente al primero (*art. 2.103*).

* Cuando el testador, al nombrar el sustituto, no hubiese fijado la época de la sustitución, ésta tendrá lugar al fallecimiento del primer heredero.

Cuando, tratándose de la institución de una persona que aún no ha sido engendrada, deba ser considerada la institución como sustitución fideicomisaria, al tenor del art. 2.101, la sucesión se retrotrae, con respecto al sustituto, á la época de su nacimiento.

Cuando se trate de una persona jurídica, la determinación de la sucesión se presume que tiene lugar en el momento de su constitución legal (*art. 2.106*).

* Cuando el testador sustituyese á uno de sus descendientes que en el momento de la otorgación del testamento careciese de descendencia, y esto para después de su fallecimiento, debe presumirse que la sustitución se limita al caso en que el gravado no dejase descendientes (*art. 2.107*).

* Si el sustituto viviese al morir el testador, mas no en el tiempo en que la sustitución deba tener lugar, el derecho del sustituto se transmite á su heredero, salvo que el testador hubiere dispuesto lo contrario ó hubiese lugar á presumir su voluntad en dicho sentido (*art. 2.108*).

* La sustitución fideicomisaria cesa en sus efectos pasados treinta años, contados desde la determinación jurídica de la sucesión si el hecho que deba dar lugar á la expresada sustitución no se hubiese realizado antes.

Produce sus efectos aun después de este tiempo:

a) Cuando la sustitución fideicomisaria haya sido hecha para el caso en que se realice un acontecimiento determinado, respecto del principalmente gravado ó del sustituto y aquel á quien el acontecimiento se refiera viva en el momento de la determinación jurídica de la sucesión.

b) Cuando sea designado como sustituto del fiduciario ó del primer sustituto un hermano ó hermana de éstos últimos que nacieren con posterioridad.

Si el gravado ó sustituído es una persona jurídica, el plazo será el de treinta años.

Los artículos expuestos comprenden, en lo fundamental, en lo que pudiéramos llamar subjetivo, la denominada por el Código germánico sustitución fideicomisaria.

Los artículos subsiguientes, desde el 2.110 al 2.146 inclusive, desenvuelven dicha institución jurídica desde el punto de vista de la relación del sujeto con las cosas, apreciando los varios aspectos de la actividad del instituído y del sustituto, dictando medidas de aseguramiento, en una palabra, completando la materia con previsión merecedora del más sincero encomio.

Reproducir literalmente estos artículos sería tarea trabajosa y ajena á la índole de esta parte de nuestro libro. Bástenos expresar que, según las disposiciones mencionadas, el derecho del nombrado sustituto se extiende á los aumentos que experimente el caudal hereditario, como resultado del derecho de acrecer.

Además, el heredero gravado con una sustitución tiene el deber de formalizar inventario, pudiendo, tanto el gravado como el sustituto, determinar por peritos el estado de las cosas pertenecientes á la sucesión.

Si la conducta del gravado ó el estado de su fortuna hiciese nacer el temor de una lesión en los derechos del sustituto, éste puede reclamar las mismas medidas de seguridad establecidas para el caso del usufructuario.

Finalmente, encuéntrase previsto el caso de un crédito productor de intereses que forme parte del patrimonio objeto de la sustitución; el de la reintegración de dichos créditos, el de los créditos hipotecarios, el de las accesiones, llamémoslas así, de los bienes gravados con la carga de la sustitución, el de las deudas hereditarias con respecto al primer instituído, etc., etc.

*
* *

De las instituciones condicionales: a) *Con relación á las instituciones hereditarias.*—Tampoco existe sección ó capítulo especial destinado á tratar esta interesante materia. Los textos que el Código germánico consagra á la teoria de las condiciones testamentarias encuéntranse, por lo que respecta á las disposiciones de última voluntad en general, en la *sección III, tit. I, lib. V,* y por lo tocante á las instituciones sustitutorias, en la *sección III, tit. III* del mismo libro.

* Cuando se trate de una condición suspensiva de la cual dependa la efectividad de la disposición testamentaria, debe presumirse, en caso de duda, que la liberalidad se anula si el favorecido no sobrevive á la realización del acontecimiento del cual dependa la condición *(art. 2.074)*.

* Cuando en una disposición de última voluntad se establezca la condición de que el favorecido no practique en su vida cierta y determinada acción dependiente de su voluntad, debe presumirse, en caso de duda, que el testador quiso subordinar su testamento á esta condición resolutoria; pero se reputará nula si la acción hubiese sido ya hecha.

Esta disposición es también aplicable en el caso de que liberalidad se subordine á una serie de actos prolongados sta el fallecimiento del instituído y dependientes de su votad (*art. 2.075*).

* Cuando el cumplimiento de la condición de la cual

dependa la efectividad de una disposición testamentaria se proponga favorecer á un tercero, debe, en caso de duda, considerarse cumplida dicha condición si el tercero rehúsa su concurso, necesario para el cumplimiento de aquélla *(artículo 2.076)*.

* Si tratándose de una disposición de última voluntad conferida á reserva de completarla, no llegara á completarse, esta reserva se considerará como no hecha, á menos que la intención manifiesta del testador fuese la de que la validez de la disposición testamentaria dependiese del cumplimiento de la reserva (*art. 2.086*).

b) *Con relación á las sustituciones fideicomisarias.*— * Cuando en una institución hecha bajo condición resolutoria ó subordinada á un término final no haya indicado el testador la persona ó personas á quienes deba pasar la sucesión, se presume que los herederos legítimos del finado, en el supuesto de que éste hubiese fallecido al vencer el término ó al cumplirse la condición, son sus sustitutos fideicomisarios, según las reglas de la sucesión legítima (*art. 2.104*).

* Cuando en una institución hecha bajo condición suspensiva ó subordinada á un término inicial no haya indicado el testador quién debe ser el heredero hasta que la condición se cumpla ó llegue el término, los herederos legítimos del difunto se reputarán gravados con la carga de la sustitución (*vorerben*) y por ende se reputarán sustitutos fideicomisarios los instituídos condicionalmente.

Lo propio ocurrirá cuando la personalidad del heredero no deba determinarse sino por un acontecimiento posterior al fallecimiento del causante, ó cuando se trate de la institución de una persona no engendrada todavía al deferirse la sucesión, ó de una persona jurídica no constituída legalmente en dicho momento (*art. 2.105*).

Con lo transcrito damos por concluída, con relación al presente volumen, la exposición del Código germánico.

BÉLGICA Y FRANCIA

DE LAS SUCESIONES Y DE LOS TESTAMENTOS

Libro III.—Títulos I y II.—Artículos 718 al 1.074.

Título I.—Capítulo I: De la determinación de las sucesiones (artículos 718 al 724).—Capítulo II: De las cualidades necesarias para suceder (artículos 725 al 730).—Título II.—Capítulo II: De la capacidad de disponer ó de adquirir por donación entre vivos ó por testamento (artículos 901 al 912).—Capítulo III.—Sección 1.ª: De la porción de bienes disponible (artículos 913 al 919).—Capítulo I: Disposiciones generales (artículos 896 al 900).—Capítulo II: De las disposiciones permitidas en favor de los nietos del donante ó testador, ó de los hijos de sus hermanos (artículos 1.048 al 1.074).—Capítulo IV.—Sección 5.ª: Del legado á título universal (artículo 1.010).—Capítulo V. Sección 8.ª: De la revocación de los testamentos y de su caducidad (artículos 1.039, 1.043 y 1.047).

Consideraciones generales.—De la capacidad para suceder por testamento y ab-intestato.—La particularidad de desarrollar el Código napoleónico la doctrina jurídica de los testamentos, juntamente con la de las donaciones, considerados ambos como títulos gratuítos de disponer, y consiguientemente de adquirir el dominio, impone un trabajo de selección para separar aquellos preceptos que dicen relación á la materia testamentaria y verificar de esta suerte la comparación con las disposiciones de nuestro Código. No extrañen, pues, nuestros lectores que prescindamos de la contextura literal de los textos del Código napoleónico, y que espiguemos en el *tít. I del lib. III,* consagrado á las *sucesiones*, porque á ello obliga el plan seguido por el antedicho Código en la exposición y desarrollo de los diferentes modos de adquirir la propiedad.

Según el Código Napoleón, pueden adquirir por testamento todos aquellos que no estén incapacitados por la ley; regla esta completamente igual á la consignada por nuestro

disposiciones remuneratorias hechas á título particular en proporción á la fortuna del testador y á los servicios que se le hayan prestado; 2.°, las disposiciones universales en el caso de parentesco, hasta el cuarto grado inclusive, siempre que el difunto no tuviere herederos en línea recta, á no ser que no se encuentre en el número de estos últimos aquel á cuyo favor se hubiere hecho la disposición.

El Código patrio difiere mucho en estos particulares, porque de un lado no incapacita á los médicos, cirujanos, practicantes y farmacéuticos, y de otro extiende la prohibición relativa á los ministros del culto que hubiesen confesado al paciente en su última enfermedad, á la Iglesia, Cabildo, Comunidad ó instituto al que aquél perteneciese, y á sus parientes dentro del cuarto grado.

La incapacidad á que se contrae el art. 753 del Código español tiene su equivalencia en el art. 907 del Código napoleónico, al prohibir al menor de edad, pero mayor de diez y seis años, que disponga de sus bienes en beneficio de su tutor y al establecer igual prohibición respecto del mayor de edad mientras no se haya dado y finiquitado la cuenta general de la tutela, excepción hecha de los ascendientes que hayan sido tutores de un descendiente.

Nada dispone el Código francés análogo al precepto del artículo 754 del Código patrio, expresivo de que el testador no podrá instituir en el todo ó parte de su herencia al Notario que autorice su testamento ó á la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado.

En cambio, coinciden ambos cuerpos legales en considerar nula la disposición testamentaria hecha en favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta. La única diferencia consiste en que, al paso que el Código civil español no determina cuáles personas se reputan interpuestas dejando el rellenar esta laguna á la intuición de los legislados y al fallo de los Tribunales, el Código Napoleón ex-

presa con toda claridad que se reputan personas interpuestas los padres, los hijos y descendientes y el cónyuge del incapacitado.

Las causas de indignidad para suceder también las menciona el Código que comparamos en el *título* «De las sucesiones», *cap. II.*

Son indignos de suceder, según el derecho civil de Francia:

Primero. El que hubiere sido sentenciado por haber dado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesión se trate.

Segundo. El que hubiere dirigido contra éste una acusación capital y que se hubiere considerado calumniosa.

Tercero. El heredero mayor de edad que, enterado de la muerte violenta de su causante, no la hubiese denunciado á la justicia. Están exceptuados de esta causa de indignidad los ascendientes y descendientes del difunto y sus afines en el mismo grado, cónyuge, hermanos, tios y sobrinos del autor de la muerte.

El examen comparado de ambos cuerpos civiles revela que el Código francés no reputa indigno al padre que abandonare á sus hijos ó prostituyese á sus hijas, ni al condenado por adulterio con la mujer del testador, ni al que con amenaza, fraude ó violencia obligase al testador á hacer testamento ó á cambiarlo, ni, finalmente, al que por los mismos medios inpidiese á otro hacer testamento ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterare otro posterior.

En su categoría genuína de preceptos complementarios de los que establecen las causas de indignidad, los dos Códigos que comparativamente estudiamos sancionan que el heredero excluído de la sucesión como indigno estará obli-
ado á restituir los bienes hereditarios con sus accesiones y
dos los frutos percibidos desde el momento en que la su-
sión hubiese surtido su efecto por muerte del causante;
que los hijos del declarado indigno heredarán directa-

mente su porción legítima, sin que el padre tenga derecho al usufructo legal de los bienes que por esta causa hereden aquéllos.

Finalmente, el art. 759 del Código patrio, tan extravagantemente inserto en la *Sección 1.ª del cap. II*, destinada á tratar «De la capacidad para suceder por testamento ó sin él», tiene un equivalente exacto en el art. 1.040 del Código francés, incluído en la *Sección 8.ª, cap. III, tít. II, lib. III*, cuya sección desarrolla la doctrina referente á la revocación de los testamentos y su caducidad.

Según dicho art. 1.040, «Toda disposición testamentaria hecha bajo condición dependiente de un suceso incierto, y que, según la intención del testador, no debe cumplirse sino en cuanto suceda ó no, caducará si el heredero instituído ó el legatario muere antes de su cumplimiento.»

*
* *

De la institución de heredero. — No existe en el Código napoleónico *capítulo* ó *sección* destinado á tratar concretamente de la institución de heredero. Desparramados por el *título II* se encuentran varios preceptos que perfecta ó imperfectamente concuerdan con los que nuestro Código inserta en la *Sección II del cap. II, tít. III, lib. III*, y á ellos habremos por necesidad de referirnos para verificar la comparación.

En la *Sección 1.ª del cap. III*, consagrada á fijar la porción de bienes disponibles, después de establecer el Código francés lo que pudiéramos llamar cuotas legítimas de los descendientes y ascendientes, dice en el art. 916 que, en defecto de ascendientes y descendientes, las donaciones por testamento podrán absorber la totalidad de los bienes. Ba forma distinta, es indiscutible que el texto legal transcrit concuerda con el art. 763 del Código español, á cuyo tenor « que no tuviere herederos forzosos, puede disponer por test

mento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

Los artículos 913, 914 y 915 del Código civil francés, al limitar la parte de que el testador puede disponer libremente en correlación con el número de hijos ó de ascendientes de ambas líneas ó de una sola que aquél tuviere, contiene virtualmente y como en germen el mismo principio expuesto por el segundo párrafo del art. 763 del Código español, según cuyo segundo párrafo, el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la *Sección 5.ª, cap. II, tit. III, libro III.*

Rompiendo con la tradición romana, el art. 967 del Código Napoleón no considera parte integrante de una disposición testamentaria la institución de heredero. Por esto dice: «Cualquiera persona podrá disponer por testamento, bien bajo el título de institución de heredero, con el de legado ó con cualquiera otra denominación oportuna para expresar su última voluntad.» Y al proceder en este sentido, concuerda con el art. 764 del Código patrio, el cual, adoptando el mismo precedente, ordena que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar.

La regla del art. 765 del Código español, expresiva de que los herederos instituídos sin designación de partes, heredarán por cuotas iguales, carece de equivalencia en el Código Napoleón; y en rigor, el precepto es tan sencillo y axiomático, que acaso por esto dejaran de insertarlo los redactores del Código francés.

Con expresión distinta, pero coincidiendo en la doctrina el art. 766 del Código español, disponen los 1.039 y 1.043 que comparamos que toda disposición testamentaria uca si no hubiere sobrevivido al testador aquel en cuyo or fué hecha ó cuando el heredero instituido ó el lega-

tario la repudiasen ó fuesen incapaces de recibirla. Como quiera que la caducidad de la herencia lleva implícita su ineficacia, de aquí el que de los transcritos artículos se deduzca la regla que de un modo expreso consigna el Código patrio al manifestar que el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.

Dice el art. 768 del Código español que el heredero instituído en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario; y si bien en el Código napoleónico no se encuentra un texto análogo, no puede negarse que del artículo 1.010 se deriva igual doctrina.

Por último, las reglas desenvueltas por los artículos 767 y 769 al 773 inclusive del Código español, que traen su origen de los Cuerpos legales civiles de Méjico y Portugal, carecen de equivalencia en el Código napoleónico.

*
* *

De la sustitución.—En este punto, la diferencia no puede ser más radical; el Código español regula las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar y consiente la fideicomisaria, siempre que no pase del segundo grado ó se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

El Código Napoleón prohíbe en absoluto las sustituciones. «Cualquiera disposición—dice—por la que el heredero instituído ó el legatario quede obligado á conservar y restituir á un tercero, será nula, aun respecto del heredero instituído ó del legatario.»

Templa este rigor el art. 898, según cuyo contexto, la disposición por la cual sea llamado un tercero á recibir la donación, la herencia ó el legado, en el caso en que el heredero instituído ó el legatario no la recojan, no se considerará como una sustitución y será válida.

En términos indirectos, esta permisión abrió las puertas en el derecho francés á la sustitución llamada vulgar.

Tampoco se reputa sustitución, al tenor del art. 899, el acto *inter-vivos* ó testamentario por el cual se dé á uno la propiedad y á un tercero el usufructo; precepto éste que concuerda en parte con el art. 787 del Código español.

Mitiga todavía más que los textos anteriores lo absoluto de la prohibición, el art. 897, en cuya virtud se exceptúan del entredicho lanzado por el art. 896 todas las disposiciones permitidas á los padres y hermanos en el *cap. VI, tít. II, libro III* del Código que comparamos. Componen dicho *capítulo* los artículos 1.048 al 1.074 inclusive, y como quiera que carecen de concordancia en nuestro derecho civil vigente, y, en su consecuencia, faltan los términos hábiles de toda comparación, optamos por exponerlos en su literalidad para conocimiento de nuestros lectores.

* Los bienes de que pueden disponer los padres podrán ser donados por éstos en todo ó en parte á uno ó más de sus hijos por acta *inter-vivos* ó testamentaria, con la obligación de restituir estos bienes á los hijos nacidos y por nacer en solo el primer grado de los dichos donatarios *(artículo 1.048)*.

* Será válida, en caso de morir sin hijos, la disposición que el difunto haya hecho por acta entre vivos ó testamentaria en favor de uno ó más de sus hermanos ó hermanas, del todo ó parte de los bienes de su herencia que no estén reservados por la ley, con el gravamen de restituir estos bienes á los hijos nacidos y por nacer en solo el primer grado, de los hermanos donatarios *(art. 1.049)*.

* No serán válidas las disposiciones permitidas en los dos artículos precedentes, sino en cuanto el gravamen de restitución sea en favor de todos los hijos nacidos y por nacer del gravado, sin excepción ni preferencia de edad ó sexo *(artículo 1.050)*.

* Si en los expresados casos, el gravado, con la restitu-

ción en favor de sus hijos, muere dejando hijos en el primer grado y descendientes de otro premuerto, percibirán estos últimos, por representación, la porción del hijo ya fallecido *(artículo 1.051)*.

* Si el hijo, el hermano ó la hermana á quienes se hayan donado bienes por acta entre vivos, sin carga de restitución, aceptan una nueva donación hecha por acta entre vivos ó testamentaria, á condición de que los bienes anteriormente donados han de quedar gravados con esta carga, no les es permitido dividir las dos disposiciones hechas en su favor ni renunciar á la segunda por optar á la primera, aun cuando ofrezcan restituir los bienes comprendidos en la segunda disposición *(art. 1.052)*.

* Los derechos de los sustitutos comenzarán en la época que por cualquier causa cese el disfrute del hijo, del hermano ó de la hermana sobre los bienes gravados con la restitución; el abandono anticipado del usufructo en favor de los llamados no podrá perjudicar á los acreedores del gravado, anteriores al abandono *(art. 1.053)*.

* La mujer del gravado no tendrá recurso alguno subsidiario sobre los bienes que deben restituirse, en caso de no bastar los bienes libres, sino por el capital de los bienes dotales, y sólo en el caso que el testador lo haya ordenado expresamente *(art. 1.054)*.

* El que otorgue las disposiciones autorizadas por los artículos precedentes, podrá, en la misma acta, ó por otra posterior auténtica, nombrar un tutor encargado de la ejecución de estas disposiciones; este tutor no podrá excusarse sino por una de las causas explicadas en la *sección 6.ª, capítulo 11, título «De la menor edad, de la tutela y de la emancipación» (art. 1.055)*.

* A falta de este tutor, se nombrará uno á solicitud del mismo gravado ó de su tutor, si es menor de edad, dentro un mes, contado desde el día de la muerte del donante ó tador, ó desde el día posterior á esta muerte, en que se h

tenido noticia del instrumento que contenía lá disposición (*artículo 1.056*).

* El gravado que no haya cumplido con el precedente artículo perderá el beneficio de la disposición; y en este caso, podrá ser declarado expedito el derecho en favor de los sustitutos, á solicitud de los mismos si son mayores de edad, de su tutor ó curador si son menores ó estuviesen sujetos á interdicción, y hasta de oficio, á petición fiscal, ante el Juzgado de primera instancia en que se determine la sucesión (*art. 1.057*).

* Después del fallecimiento del que hubiese dispuesto la carga de restitución, se procederá, en la forma ordinaria, al inventario de todos los bienes y efectos que constituyan la herencia, exceptuando, sin embargo, el caso en que no se tratase más que de un legado particular.

Este inventario contendrá la tasación por su justo precio de los muebles y efectos mobiliarios (*art. 1.058*).

* Se hará este inventario á petición del gravado, con la restitución dentro del plazo señalado en el título *De las herencias*, y en presencia del tutor nombrado para la ejecución.

Los gastos se sacarán de los bienes comprendidos en la disposición (*art. 1.059*).

* Si el inventario no se hiciese á instancia del gravado dentro del término referido, se procederá á él dentro del mes siguiente, á solicitud del tutor nombrado para la ejecución, en presencia del gravado ó de su tutor (*art. 1.060*).

* Si no se hubiera cumplido con los dos artículos anteriores, se procederá á hacer el inventario á solicitud de las personas señaladas en el art. 1.057, llamando al gravado ó á su tutor y al tutor nombrado para la ejecución (*art. 1.061*).

* El gravado con restitución estará obligado á hacer que roceda á la venta, por edictos y en subasta, de todos los bles y efectos comprendidos en la disposición, excepndo sólo aquellos de que se hace mención en los dos arlos siguientes (*art. 1.062*).

* Los muebles de menaje de casa y las demás cosas muebles que hayan sido comprendidas en la disposición, con condición expresa de conservarlas en especie, se devolverán en el estado en que se encontrasen al tiempo de la restitución (*art. 1.063*).

* Las bestias y utensilios que sirven para el cultivo de las tierras se entenderán comprendidas en las donaciones entre vivos ó testamentarias de las fincas, y el gravado estará obligado solamente á hacerlas tasar para devolver su equivalente al tiempo de la restitución (*art. 1.064*).

* El gravado, dentro de seis meses contados desde el día en que se terminó el inventario, empleará el metálico que produzcan los muebles y efectos vendidos, y el que se haya percibido de los efectos activos. Este término podrá ser prolongado si hubiese motivo para ello (*art. 1.065*).

* El gravado estará obligado igualmente á emplear el dinero que produzcan los efectos activos que se hayan cobrado y lo que se recaudase de las rentas vencidas dentro de tres meses, á lo más, de haber recibido el dinero *(artículo 1.066)*.

* Dicho empleo se hará conforme á lo que haya ordenado el autor de la disposición si señaló la calidad de los efectos en que debiera hacerse, y no habiéndolo señalado, no podrá emplearse sino en inmuebles y en imposiciones sobre los mismos, obteniendo el correspondiente privilegio *(artículo 1.067)*.

* El empleo ordenado por los artículos anteriores se hará en presencia y á solicitud del tutor nombrado para la ejecución *(art. 1.068)*.

* Las disposiciones por actas entre vivos ó testamentarias con carga de restitución se harán públicas á instancia, bien del gravado, bien del tutor nombrado para la ejecución, del modo siguiente: en cuanto á los inmuebles, por la copia de las actas en los Registros del oficio de hipotecas del lugar donde están situadas, y en cuanto á las cua-

lidades impuestas con privilegio sobre inmuebles, por la inscripción sobre los bienes afectos al privilegio *(art. 1.069)*.

* Los acreedores ó terceros adquirentes podrán oponer la falta de transcripción del acta aun á los menores ó sujetos á interdicción, quedando á salvo el recurso contra el gravado y contra el tutor encargado de la ejecución, y sin que los menores ó sujetos á la interdicción puedan ser restituidos contra esta falta de copia aun cuando se encontrase que el gravado y el tutor estaban insolventes *(art. 1.070)*.

* La falta de copia no podrá suplirse ni tenerse por suplida por la noticia que los acreedores ó los terceros adquirentes hubieren podido adquirir de la disposición por otros medios que el de la transcripción *(art. 1.071)*.

* Los donatarios, legatarios y herederos legítimos del que haya hecho la disposición, ni tampoco los donatarios, legatarios ó herederos de éstos, podrán oponer en ningún caso á los llamados la falta de copia ó de inscripción *(artículo 1.072)*.

* El tutor nombrado para la ejecución será responsable personalmente si no ha procedido en todo conforme á las reglas hasta aquí establecidas acerca del modo de hacer constar los bienes, de proceder á la venta de los muebles, de emplear el dinero, de hacer la copia é inscripción, y, en una palabra, si no ha hecho todas las diligencias necesarias para que se cumpla bien y fielmente la carga de restitución *(artículo 1.073)*.

* Si el gravado es menor de edad, no gozará del beneficio de la restitución aun en el caso de insolvencia de su tutor, contra la falta de cumplimiento de las reglas que quedan prescriptas en este capítulo *(art. 1.074)*.

*
* *

En 1826, dice un distinguido comentarista del Código napoleónico, el Gobierno de la Restauración, comprendiendo muy bien, lo mismo que Napoleón lo había comprendido en 1806, que una Monarquía no puede ser duradera si no se rodea de instituciones aristocráticas, quiso detener el curso de las ideas y de los hechos, y al efecto presentó un proyecto de ley sobre el derecho que pudiéramos llamar de primogenitura, ó en otros términos, mayorazgos. Rechazado por la opinión pública y por las Cámaras, hubo, no obstante, de prevalecer uno de los artículos del proyecto, relativo á las sustituciones, siendo promulgado como ley el 17 de Mayo de 1826.

Decía así dicho artículo:

«Los bienes de los cuales es lícito disponer, según lo establecido en los artículos 913, 915 y 916 del Código civil, podrán ser donados en todo ó en parte por acto *inter-vivos* ó testamentario, con la carga de entregarlos á uno ó muchos hijos del donatario nacidos ó por nacer, hasta el segundo grado.»

Esta ley, contraria á los instintos de la Nación, no pudo resistir el embate revolucionario de 1848, y por ley de 11 de Mayo de 1849 fué abrogada, decretándose lo siguiente:

«Art. 8.° La ley de 17 de Mayo de 1826 sobre las sustituciones queda abrogada.

»Art. 9.° Las sustituciones ya establecidas se mantendrán en provecho de todos los llamados, nacidos ó concebidos al tiempo de la promulgación de la presente ley.

»Cuando una sustitución sea recibida por uno ó muchos de los llamados que se acaban de expresar, aprovechará á todos los del mismo grado ó sus representantes, sea cualquiera la época en que su existencia hubiese comenzado.»

A contar de la ley de 11 Mayo de 1849, fué restaurado en su imperio el Código civil.

***

De las instituciones condicionales.—Comparado el Código francés con el de nuestro país, nótanse en aquél deficiencias y lagunas muy naturales y explicables, tratándose de una obra jurídica que, si no iniciaba, daba por lo menos los primeros pasos en la senda de la codificación.

El Código napoleónico no contiene una *sección* especialmente destinada á desenvolver jurídicamente la teoría de las condiciones con relación á los testamentos, bien en su fase de instituciones á título universal ó á título particular.

La labor comparativa hácese imposible en estas condiciones porque faltan los elementos propios de la comparación; es á saber: textos positivos. Espigando aquí y allá hemos entresacado algunos artículos que presentamos agrupados para su más fácil asimilación.

En el *cap. I, tít. II del lib. III,* cuyo objeto es exponer principios generales, encuéntrase el art. 900, según el cual, en toda disposición testamentaria se tendrán por no puestas las condiciones imposibles y las que sean contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres.

En la *Sección 8.ª, cap. V* de los mismos *título* y *libro*, dedicada á tratar de la revocación de los testamentos y de su caducidad, hállanse los artículos 1.040 y 1.041, relacionados con la doctrina propia de las condiciones testamentarias. Según el primero de dichos artículos, «Toda disposición testamentaria hecha bajo condición dependiente de un suceso incierto, y que según la intención del testador no debe cumplirse sino en cuanto suceda ó no, caducará si el heredero instituído ó el legatario muere antes de su cumplimiento».

A tenor del segundo, la condición que según la intención del testador no hace más que suspender la ejecución de la disposición, no impedirá al heredero instituído ó al legatario ıer un derecho adquirido y transmisible á sus herederos.

Con lo expuesto queda terminado el estudio comparativo los Códigos francés y belga, en aquellas materias jurídi- objeto del presente volumen.

ITALIA

Libro III.—Título II.

Capítulo I: De las sucesiones legítimas.—Sección 1.ª: De la capacidad para heredar (artículos 723 á 728).—Capítulo II: De las sucesiones testamentarias.—Sección 2.ª: De la capacidad de heredar por testamento (artículos 764 á 773).—Sección 5.ª: De la institución de heredero y de los legados.—§ I: De las personas y de las cosas que constituyen el objeto de las disposiciones testamentarias (artículos 829 á 847).—§ II: De las disposiciones condicionales y á término (artículos 848 á 861).—Sección 6.ª: De la sustitución (artículos 895 á 902).

Consideraciones generales.—Por la sola lectura comparativa de los Códigos español é italiano se observa la diferencia entre uno y otro respecto al plan ó distribuciones de las materias objeto de este tomo.

El español incluye en una sección la capacidad para suceder, bien por testamento, bien *ab-intestato;* el italiano coloca separadamente la capacidad para heredar por testamento y la para heredar legítimamente.

Contiene, sí, el italiano una sección relativa á la *institución de heredero*, pero con diferente denominación y bastantes preceptos diversos de los contenidos en nuestro Código.

Hay, por el contrario, uniformidad en la *sustitución*. El Código italiano contiene una *sección* así llamada; pero aquí donde reina la identidad en la forma, se da la diversidad en el fondo, porque no ha dado cabida el de Italia á la sustitución ejemplar ni á la fideicomisaria.

También existe en el Código italiano una subsección consagrada á la institución condicional y á término, con preceptos análogos unos, otros diversos, y sin constar en ella varios que figuran en el español.

* * *

De la capacidad para suceder por testamento y sin él.— No existe esta *sección* en el Código italiano, pero sí su equivalencia.

La materia de la capacidad que en el Código español aparece expuesta en una *sección*, se bifurca, digámoslo así, en el de Italia, desenvolviéndose en dos, una denominada *de la capacidad para heredar,* referente á la sucesión legítima *(1.ª, cap. II, tít. II, lib. III),* y otra *de la capacidad de heredar por testamento,* que, como indica su epígrafe, concierne á la sucesión testamentaria *(2.ª, cap. II, tít. II, libro III).*

Comienza la primera *sección* con un artículo, el 723, afirmativo del precepto fundamental que consta en el 744 del español, es á saber: «Tiene capacidad para suceder toda persona no comprendida en alguna de las excepciones determinadas por la ley.»

En el artículo siguiente, 724, expresa que son *incapaces de suceder* los que no estuviesen concebidos en el momento determinante de los efectos de la herencia, y los que no hayan nacido viables, afirmando que, en caso de duda, se presumen viables los que hayan nacido vivos.

El precepto en el fondo es equivalente al núm. 1.° del artículo 745 del Código patrio, no constando en el Código que comparamos disposición análoga á la del núm. 2.° del citado art. 745 del español.

De los incapaces por *indignidad* trata el 725, mencionando como tales en los cuatro números que integran el artículo y por el orden en que se enumeran:

1.° Los que hubiesen matado ó intentado matar á la persona de cuya sucesión se trate (núm. 2.° del art. 756 del Código español, con la diferencia de que éste incluye además el atentado contra la vida del cónyuge, descendientes ó ascendientes del causante);

2.° El que hubiere acusado al causante de la herencia de un delito, si la acusación resultase calumniosa (número 3.° del art. 756 íd.);

3.° El que haya obligado al causante á testar ó á modificar el testamento (6.° del mismo art. 756, bien que no hable el Código italiano de amenaza, fraude ó violencia);

Y 4.° El que impida hacer testamento, revocarlo, ó hubiere suprimido, ocultado ó alterado el testamento posterior (7.° del repetido art. 756 del nuestro).

Como se desprende de la enumeración de las causas de indignidad consignadas en el art. 725 del Código italiano, no figuran en él las admitidas en los números 1.°, 4.° y 5.° del 756 del patrio.

Completan la sección los artículos 726, 727 y 728, con doctrina semejante respectivamente á la de los artículos 757 (extinción de la indignidad por remisión del causante), 760 (obligación de restituir el incapaz los frutos de la herencia) y 761 (derecho de los descendientes del incapaz á suceder al causante, á pesar de la indignidad del ascendiente, y privación para éste del usufructo y de la administración de la porción hereditaria que adquieran aquéllos).

El art. 764, primero de la *sección 2.ª*, titulada *de la capacidad de heredar por testamento,* repite en su párrafo inicial el principio básico en materia de capacidad hereditaria, ó sea el de que es incapaz de heredar por testamento el que según la ley está incapacitado para suceder, añadiendo en el segundo que pueden suceder los concebidos pero no nacidos por persona que viva en el momento de la muerte del testador.

Contiene el 765 doctrina idéntica á la del párrafo primero del art. 761 de nuestro Código, manifestando el 766 que son aplicables á dicho caso las disposiciones de los artículos 726, 727 y 728, correlativas—según hemos dicho antes—á las de los artículos 757, 760 y 761 del español.

Afirma el 767 la capacidad del hijo ilegítimo para recibir alimentos, y el 768 la incapacidad del hijo natural para recibir por testamento más de lo que le corresponda por sucesión *ab-intestato* en caso de haber descendientes ó ascendientes

legítimos del testador; preceptos ambos que no existen en la *sección* del Código español objeto de nuestro estudio comparativo.

Por el contrario, el contenido del art. 769 es igual al del artículo 753 de la ley civil patria, en cuanto declara ineficaz la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor antes de la aprobación de la cuenta definitiva de la tutela, y afirma la validez de la hecha en beneficio del tutor que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge. Hay, sin embargo, una diferencia entre ambos preceptos: el Código italiano habla de la nulidad de la disposición testamentaria del pupilo, aun con referencia al caso de que el testador muera *antes* de la aprobación de la cuenta de la tutela, y el español sostiene la ineficacia de la disposición aunque el testador muera *después* de la aprobación de la cuenta.

Trata el art. 770 de la porción que el casado en segundas nupcias puede dejar á su nuevo cónyuge, materia ajena á la que compone la *sección* del Código español que examinamos. Consígnase en el 771 la nulidad de las disposiciones á favor del Notario ó de cualquier otra persona, sea de carácter civil, militar, de Marina ó Consular, ante quien se haya otorgado el testamento público, ó á favor de los testigos que en él hayan intervenido. Equivale esta disposición á la del artículo 764 del Código español, con la diferencia de que éste extiende la prohibición á la esposa, parientes ó afines del Notario ó funcionario que autorice el testamento dentro del cuarto grado, salvo el caso que el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Figura en el 772 un precepto de mucha transcendencia, cual es la ineficacia de la disposición testamentaria á favor de la persona que haya escrito el testamento secreto, á no que la haya aprobado el testador, cuyo precepto no ste en el derecho civil español.

El último artículo de la *sección* 2.ª del Código italiano,

el 773, guarda analogía con el 755 del nuestro, en cuanto proclama la nulidad de la disposición testamentaria á favor de personas incapaces, aunque se simule bajo la forma de un contrato oneroso ó se haga á favor de una persona interpuesta. Aquél se aparta, sin embargo, del Código español en que como personas incapaces designa á todas las incluidas en la *sección* á que hemos hecho referencia en este estudio, indicando al efecto los artículos respectivos, y en que, como personas interpuestas, cita expresamente al padre, la madre, los descendientes y al cónyuge del incapaz.

*
* *

Tales son los preceptos que en las dos *secciones* del Código italiano que, unidas, equivalen á la titulada *de la capacidad para suceder por testamento ó sin él*, del Código español, concuerdan con los de ésta.

Como se observará, no todos los preceptos que forman parte del Código patrio en la sección indicada constan en las correspondientes del italiano; algunos se hallan insertos en otras secciones, y no pocos carecen de concordancia en parte alguna de dicho Código.

No existe en el Código italiano disposición que corresponda propiamente á la del art. 746 del patrio, relativa á la capacidad de adquirir por testamento las iglesias, los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales, los Ayuntamientos y Municipios, los Establecimientos de hospitalidad, Beneficencia é Instrucción pública y, en general, las personas jurídicas.

Ofrece alguna analogía parcial con lo acabado de exponer el art. 833, afirmativo de la nulidad de las disposiciones para instituir ó dotar beneficios, capellanías laicas ú otras fundaciones semejantes, y el 834 que dispone, entre otros extremos, la validez de la disposición á título particular en

favor de uno entre muchos cuerpos morales (personas jurídicas) determinados por el testador.

Tampoco admite el Código italiano la doctrina del artículo 747 del español, permisiva de la institución hereditaria á favor del alma, y determinante de la aplicación de los bienes cuando el testador no les haya dado una expresa dirección. Por el contrario, en el art. 831 afirma terminantemente la nulidad de las disposiciones de tal índole, hechas en términos generales.

Tampoco consta precepto concordante con el art. 748 del español.

Respecto á las disposiciones en favor de los pobres en general, materia del art. 749, existe el 832, en el cual se dice que cuando en tales disposiciones no se determine el uso, obra pía ó establecimiento público á cuyo favor se hayan hecho, ó cuando la persona designada por el testador no pueda ó no quiera aceptar el encargo, se considerará hecha en pro de los pobres del domicilio del testador en la época de su muerte, y se entregarán los bienes al establecimiento benéfico del mismo domicilio. Algo se desvía este precepto de su correlativo del Código español, sin que figure tampoco en aquél la disposición del párrafo segundo (calificación y distribución de los bienes) y tercero (disposición en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado).

La nulidad de la disposición en favor de persona incierta declarada por nuestro art. 750 la consigna también el artículo 830 del Código italiano. En cambio, nada dice éste respecto á la disposición genérica en favor de los parientes del testador (art. 751) y la del sacerdote que hubiere confesado al testador durante su última enfermedad (*art. 752*).

El art. 758, comprensivo de las reglas calificativas de la capacidad del heredero ó legatario, no tiene correspondencia en el de Italia.

Concordante en cierto sentido con el 759 español es el 853 italiano, preceptivo de que la disposición testamenta-

ria bajo condición suspensiva queda sin efecto si la persona á cuyo favor se hizo muere antes del cumplimiento de la condición.

El artículo último de la *sección* del Código español que nos ocupa, el 762, expresivo del término de la acción para declarar la incapacidad, carece de equivalencia en el italiano.

***

De la institución de heredero.—Grandes diferencias existen entre el Código español y el de Italia respecto á la materia desenvuelta por el primero en la *sección* que lleva el epígrafe mencionado. En el Código italiano hay una *sección* titulada *De la institución de heredero y de legados,* pero los pocos preceptos que en ella se encuentran en relación con el patrio, no guardan estricta conformidad con los de este último.

Pruébalo el que de todos los artículos de la *sección*, sólo el 763, el 767, el 768 y el 773 del Código español mantienen cierta semejanza con otros del italiano, y esto procediendo amplia y expansivamente en la determinación de la analogía.

Tal sucede con el 763, afirmativo de que el que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquier persona con capacidad para heredar, y que el que tuviere herederos forzosos, solo puede disponer en la forma y con las limitaciones de la *sección* de legítimas. Pues bien: en el Código italiano únicamente podemos señalar como concordante con el párrafo 2.° del 763, el 809, inserto en la *sección* concerniente á la *porción de que se puede disponer por testamento* (ó sea legítimas) y declarativo de que el testador que no deje ascendientes ó descendientes, puede disponer de todos sus bienes á título universal ó particular, con la reserva de los derechos del cónyuge supérstite y de los hijos natural

La analogía—como se ve—no es expresa: es más bien indirecta y de segundo grado.

Aún se observa mejor lo afirmado con respecto á la escasa analogía de los Códigos que estudiamos, comparando el art. 767 del nuestro con el 828 del italiano. Aquél dice que la expresión de una causa falsa en la institución de heredero ó del nombramiento de legatario, se tendrá por no puesta, á no ser que del mismo testamento resulte que el testador no hubiera hecho la institución ó el legado de haber conocido la falsedad de la causa, y que se tendrá igualmente por no escrita la expresión de una causa contraria á derecho. El segundo manifiesta que las disposiciones á título universal ó particular, en virtud de una causa que resulte errónea, no producen efecto alguno cuando la expresada causa haya sido la única determinante de la disposición.

Como congénere del art. 768, según el cual, el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario, cabe—procediendo con cierta benevolencia—presentar el 769, expresivo de que las disposiciones testamentarias comprensivas de una universalidad ó una parte alícuota de los bienes hereditarios, son á título universal y atribuyen la cualidad de heredero, y de que las demás disposiciones son á título particular y atribuyen la cualidad de legatario. Pero en el fondo, este precepto hace más bien relación al 660 de nuestro Código.

Alguna mayor analogía se percibe entre el 773 en su párrafo primero, referente á que el error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero no vicia la institución, cuando de otra manera puede llegarse á determinar la persona nombrada, y el párrafo también primero del 836 del italiano cuanto dice que si la persona del heredero ó del legatario f[illegible] indicada erróneamente, surte, sin embargo, efecto l[illegible]sición si por el tenor del testamento, por otros c[illegible]tos ó por hechos constantes, se viene en conoci- l[illegible] de la persona que ha querido indicar el testador.

Estos artículos (763, 767, 768 y 773) son, repetimos, los únicos que ofrecen cierta homogeneidad con los preceptos citados del Código de Italia.

*
* *

De la sustitución.—Dedicada á esta materia existe también en el Código italiano una *sección;* pero con notable diferencia en su contenido de la equivalente del Código español, puesto que admite sólo la sustitución *pupilar,* callando acerca de la *ejemplar* y rechazando expresamente la *fideicomisaria.*

Precepto análogo al del párrafo primero del art. 774 de nuestro Código establece el 895 del italiano, diciendo que el heredero instituido ó el legatario puede ser sustituido por otra persona en el caso que uno de ellos no pueda ó no quiera aceptar la herencia ó el legado. La disposición del párrafo segundo del indicado art. 774 del Código patrio figura en el de Italia en artículo separado, el 896, y en términos distintos que en el nuestro, determinando que si en la sustitución se expresa solamente uno de dos casos, ó que el llamado primeramente no quiera ó no pueda aceptar la herencia ó el legado, se supone tácitamente incluido en el otro caso, á no ser que de la voluntad del testador conste claramente lo contrario.

Los artículos 775, 776 y 777, concernientes á la sustitución *ejemplar,* carecen, según hemos dicho con anterioridad, de equivalencia en el Código italiano. Sí la tiene el 778, relativo á la sustitución de dos ó más personas por una sola, y viceversa, de una sola por dos ó más herederos, disposición que consta en el art. 895 del Código que nos ocupa.

La igualdad de la porción hereditaria en la institució
en la sustitución, en el caso de la desigualdad de partes
tre los herederos instituídos, á no constar expresamente
contrario la voluntad del testador, establecida en el

ticulo 779 de nuestro Código, se halla consignada en el 898 del italiano.

La transmisibilidad al sustituto de las cargas y condiciones impuestas al sustituído, salvo la disposición contraria del testador ó el carácter personalísimo de las cargas, está contenida expresamente en el art. 897 del Código de Italia.

Como hemos expuesto al principio de esta parte, el Código que comparamos no admite la sustitución *fideicomisaria*. Dice á este efecto, en su art. 899, que la disposición en que el heredero ó legatario esté obligado en cualquier modo á conservar y restituir á una tercera persona, es una sustitución *fideicomisaria*, y añade en el párrafo siguiente que se prohíbe semejante sustitución. De aquí que no existan en el Código italiano preceptos equivalentes á los artículos 781 al 785 inclusive del Código español.

El 786 tiene su concordante en el 900 de Italia; pero su doctrina no es exactamente igual á la de aquél, puesto que limita la validez de la disposición al instituído heredero, sin extenderla á los del primer llamamiento.

El art. 901 admite, como el 787 del Código civil patrio, la disposición en que se conceda á una ó varias personas la propiedad de toda ó parte de la herencia, y á otra ú otras el usufructo; mas diferenciándose del español en que limita la disposición á los llamados en primer término.

En cuanto al precepto del art. 788, relativo á la validez de la disposición que imponga al heredero el deber de invertir ciertas cantidades en obras benéficas, se asemeja en algún modo al 902 de Italia, declarativo de que no está prohibido establecer rentas perpetuas ó á tiempo determinado para socorro de la indigencia, en premio á la virtud ó al mérito, ó para otros objetos de pública utilidad, siempre que en la disposición se llamen personas de una cualidad determinada ó de determinada familia.

* * *

De la institución de heredero y del legado, condicionales ó á término.—El Código italiano se ocupa también particularmente de esta materia, existiendo entre el contenido de ambos cuerpos civiles bastante paridad.

La regla fundamental del art. 790 del Código español de que las disposiciones testamentarias á título universal ó particular pueden hacerse bajo condición, consta también en el 848 del italiano.

El 849 de éste dice, como el 792 del nuestro, que las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no escritas.

Uno y otro Código, el español en el art. 793, y el italiano en el 850, declaran ineficaces la condición prohibitiva de ulteriores nupcias, salvo el caso en que aquélla haya sido impuesta al viudo ó viuda por el cónyuge difunto—según el Código italiano—ó por éste y sus ascendientes ó descendientes—según el español. Ambos también en sus artículos respectivos mencionados, afirman la validez del legado de usufructo, uso, habitación ó de una prestación personal por el tiempo que el legatario permanezca soltero ó viudo.

Consta también en el art. 852 del Código italiano el precepto del 794 del patrio, afirmativo de la nulidad de la disposición hecha bajo condición de que el heredero ó legatario otorgue en su testamento alguna disposición en favor del testador, omitiendo el italiano la frase «*ó de otra persona*» contenida en el español.

Los artículos 794 á 798 del Código español carecen de equivalencia en el italiano. En cambio, la tienen más ó menos directa ó indirecta los 799 al 804, según comprobaremos por una ligera comparación entre unos y otros.

El 799 es idéntico al 854, determinando los dos que la condición que no haga más que suspender la ejecución del testamento no impide la adquisición y transmisión de respectivos derechos por los herederos ó legatarios, antes del cumplimiento de la condición.

Al art. 800 del Código español corresponden en el italiano los 855 y 856, con algunas diferencias, puesto que no hablan éstos de condición potestativa y negativa ni de la devolución de lo percibido ni de sus frutos ó intereses.

La doctrina de los artículos 801 y 802 de nuestro Código es igual respectivamente á la de los artículos 857 y 858 del italiano, no sucediendo lo mismo con el 859 del de Italia y el 803 del español.

Según el primero, si el heredero condicional no tiene coherederos, ó, teniéndolos, no ha lugar entre ellos al derecho de acrecer, se confiará la administración al presunto heredero legítimo del testador, á no ser que, por justos motivos, la autoridad judicial crea oportuno proceder de otro modo.

El segundo establece un orden de prelación. Llama primero al heredero condicional si otorgare fianza; si no la diere, la administración corresponde al heredero presunto, también bajo fianza, y si ninguno de éstos afianzare, los Tribunales, á su arbitrio, conferirán la administración á tercera persona, bajo prestación de fianza con intervención del heredero.

Los derechos y obligaciones de los administradores son, según el art. 804 del Código español, los mismos conferidos á los que administren bienes de ausentes. Conforme al artículo 861 del Código italiano, tales derechos y obligaciones son los del curador de una herencia vacante, cargo que no existe en el Derecho español.

El art. 805 de nuestro Código consigna la validez de la designación de día ó de tiempo en que ha de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó de legado; en oposición á este precepto, el art. 851 del Código italiano considera
mo no puesto el día desde que debe empezar ó cesar toda
posición.

Diremos para terminar que el principio generalísimo y analogía consignado en el art. 791 de nuestro Código de

que las condiciones impuestas á los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en su *sección* especial, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales, no tiene equivalente en el italiano.

PORTUGAL

Libro III.—Título II: De las sucesiones.—Capítulo II: De la sucesión testamentaria (artículos 1.739 á 1.763).—Sección 2.ª: De los que pueden testar y de los que pueden adquirir por testamento (artículos 1.763 á 1.783).—Sección 4.ª: De la institución de heredero y del nombramiento de legatarios.—De sus derechos y obligaciones (artículos 1.791 á 1.857).—Sección 5.ª: De las sustituciones (artículos 1.858 á 1.874).

Consideraciones generales.—El Código portugués ofrece grandes variaciones de plan en su comparación con el español en las materias propias de este tomo. Exceptuando la de la «sustitución», de las demás no se encuentran las agrupaciones mantenidas por el Código español.

No hay en él *sección* especial destinada á la capacidad para suceder por testamento ó *ab-intestato*, sino que trata conjuntamente el Código que nos ocupa de la capacidad para testar y para adquirir por testamento, no refiriéndose en nada á la sucesión extra-testamentaria.

Las dos secciones del Código español, «*De la institución de heredero*» y «*De la institución de heredero y del legado condicionales ó á término*», aparecen refundidas en una sola en el portugués, denominada: *De la institución de heredero y del nombramiento de legatarios: derechos y obligaciones*, cuyo contenido difiere bastante del de aquéllas.

Sólo—como hemos dicho antes—la doctrina de la sustitución tiene una *sección* especial como en nuestro Código, siendo también esta materia aquella en la que existe más afinidad entre ambos Cuerpos legales.

Hecho este bosquejo de la distribución general de las materias objeto del tomo presente, en el Código portugués, pasemos á estudiarlas comparativamente.

***

De la capacidad para suceder por testamento y ab-intestato.—En el Código portugués no hay *sección* análoga á la del español que lleva tal epígrafe acabado de transcribir, existiendo sólo una referente á *los que pueden testar y de los que pueden adquirir por testamento.*

Con independencia de esta *sección*, en las disposiciones preliminares del *capítulo 1.°* del *título «De las sucesiones»*, el artículo 1.735 contiene un precepto afirmativo de que cualquiera puede heredar, por muerte de una persona, todos sus bienes ó parte de ellos, lo mismo por disposición de última voluntad que en virtud de la ley. Pero este precepto, que pudiera considerarse equivalente en cierto modo al art. 744, concierne más bien al 658, ó sea la determinación de la clase de sucesiones, toda vez que á continuación del principio que sienta, dice que en el primer caso la sucesión se llama testamentaria y en el segundo legítima.

No se encuentra, pues, en el Código de Portugal *sección* común á la capacidad para recibir por testamento ó *ab-intestato*, refiriéndose sus disposiciones sólo á la primera.

Como concordante del art. 745 español, cabe citar el 1.776 portugués, declarativo de que sólo pueden adquirir por testamento los que tienen existencia, entre ellos el póstumo, siempre que nazca con vida y figura humana, dentro de los trescientos días desde la muerte del testador.

La disposición del art. 746 del Código español se corresponde en parte, con variaciones de fondo y forma, con el nero 1.° del art. 1.779 y el 1.781 del Código de Portugal. nforme al primero, no pueden adquirir por testamento, sto por alimentos, legado de cantidad ó de cosa mueble,

los religiosos profesos, mientras no se secularicen ó supriman sus institutos. Según el segundo, más pertinente á la materia del art. 746, las personas jurídicas pueden suceder por testamento, á título de herencia ó de legado, excepción hecha de las Corporaciones eclesiásticas, que sólo pueden adquirir hasta el tercio de la herencia.

Respecto á la capacidad del alma para heredar, materia propia del art. 747 de nuestro Código, dispone escuetamente el 1.775 del portugués que sólo podrá dejarse en sufragios para el alma el tercio de los bienes hereditarios.

Los artículos 748 y 749 del Código español carecen de concordante en el portugués.

El 750 le tiene en el 1.741, expresivo de que no producirán efecto, entre otras disposiciones, las que se hicieren á favor de personas indeterminadas, que no puedan designarse con certeza.

Igual acontece con los 751 y 1.742 de los Códigos de España y Portugal. Según el último de dichos artículos, la disposición en favor de los parientes del testador ó los de otras persona, sin designación expresa, se considerará hecha con referencia á los más próximos en grado del testador ó de la persona mencionada, con sujeción al orden de la sucesión legítima.

La prohibición de adquirir, impuesta al confesor en el artículo 752 del Código patrio, consta también en el 1.760 del de Portugal, con la particularidad de ser extensiva al médico, y con la de que en el 1.770 se exceptúan de la prohibición los legados remuneratorios de los servicios recibidos por el enfermo, y las disposiciones en concepto de herencia ó de legado á favor de los parientes del testador hasta el cuarto grado inclusive, salvo si existieren herederos legítimos.

El menor tampoco puede testar en pro de su tutor según el art. 1.769 del Código de Portugal (equivalente al 753 del español), pero se diferencian en que aquél exceptúa sólo

los ascendientes y hermanos del menor, y además en que el 1.768 amplía la restricción á los maestros ó personas que cuiden del menor.

Concuerda en parte con el 754 del Código español el 1.772 del que comparamos, en cuanto prohíbe al testador disponer en favor del Escribano autorizante del testamento abierto ó cerrado, del que escriba el testamento ó de los testigos, sin hablar de los parientes del Notario ni de los testamentos especiales como hace nuestro Código.

No se encuentra en el Código portugués la disposición comprendida en el 755 del español.

De las causas de incapacidad que enumera el art. 756 del Código se hallan sólo en el de Portugal las de los números 2.°, 5.° y 6.° (artículos 1.782 y 1.771). El primer artículo, el 1.782, comprende los incisos 2.° y 6.° del 756 español. En efecto: declara ineficaces las disposiciones en favor de los que sufriesen condena por atentado contra la vida del testador, ó por haber concurrido de cualquier manera á la ejecución del delito, y de los que con violencia, amenaza ó fraude impidan que el testador revoque su testamento.

Tocante á la incapacidad del núm. 5.° del repetido artículo 756, manifiesta el 1.771 del de Portugal que el cónyuge adúltero no puede disponer á favor de su cómplice, en el caso de declaración judicial del adulterio antes de la muerte del testador.

Según el art. 757 del Código español, las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al otorgar testamento, ó si, conociéndolas después, las perdona en documento público. El de Portugal, en el párrafo 2.° del artículo 1.782, antes citado, limita su precepto al caso del atentado contra la vida del testador.

El art. 758, en sus párrafos 1.° y 3.°, tiene su equivalente el 1.778 del de Portugal, afirmativo de que la capacidad para adquirir por testamento es la que el adquirente tiene en la época de la muerte del testador, salvo el caso de

institución de heredero ó de legatario *sub-conditione*, en que se atenderá al tiempo del cumplimiento de la condición.

Aunque en términos distintos del 759 del español, la doctrina de éste consta en el núm. 3.° del 1.759 del de Portugal, en el que se prescribe que las disposiciones testamentarias caducan con relación á herederos y á legatarios, cuando, dependiendo la institución de una condición, muriesen aquéllos con anterioridad al cumplimiento de ésta.

De los artículos 760, 761 y 762 no hay equivalente en el Código de Portugal.

*
* *

De la institución de herederos.—No figura en el Código de Portugal *Sección* que lleve sólo aquel epígrafe, si bien hay una titulada *De la institución de heredero y del nombramiento de legatarios: de sus derechos y obligaciones*, algunos de cuyos artículos guardan conexión con otros del español de la *Sección* que examinamos.

El art. 763 de nuestro Código, afirmativo en su párrafo 1.° de la facultad del testador que no tuviere herederos forzosos, de disponer de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona con capacidad para adquirirlos, y restrictivo en su segundo párrafo, en el caso de que existan tales herederos, se corresponde en el Código portugués con el art. 1.774, según el cual, las personas obligadas á la prestación de legítima sólo pueden disponer de la cuota permitida por la ley.

Los artículos 764 y 765 carecen de concordante en el Código de Portugal. Lo tiene, por el contrario, el 766 en el 1.759 del Código objeto de nuestro estudio, si bien su redacción es diferente, pues determina que las disposiciones testamentarias quedarán sin efecto con relación á los herederos y legatarios cuando fallezcan antes que el testa cuando se incapaciten para adquirir la herencia ó el lega ó si renuncian á su derecho.

El párrafo 1.º del 767 es igual al 1.745 del Código de Portugal. No así el 1.746 de este último, con relación al párrafo 2.º del mismo art. 767 de nuestro Código, porque en tanto éste declara que la expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita, aquél, en igual caso, proclama la nulidad de la disposición.

El 768 de nuestro Código concuerda con la doctrina del 1.796 del de Portugal.

Asimismo, el 769 es análogo al 1.797 del portugués, con la diferencia de que las palabras *á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador,* insertas al final del artículo español, no constan en su concordante lusitano.

Los 770 y 771 de nuestro Código corresponden respectivamente con los 1.798 y 1.799 del de Portugal, siendo idéntica su doctrina, con ligeras variaciones de forma.

No tiene el Código portugués precepto equivalente al 772 del nuestro. Como concordante del 773 puede citarse el 1.837 del de Portugal, declarativo de que la equivocación del testador en la persona del legatario no anulará el legado si se demuestra claramente la intención del testador.

***

De la sustitución.—La sustitución *vulgar,* objeto del artículo 774 de nuestro Código, es admitida por el de Portugal en el 1.858, cuya doctrina es análoga á la de aquél.

De la sustitución *pupilar,* materia propia del art. 775 del Código patrio, tratan el 1.859 y 1.860 del portugués, con algunas variaciones respecto al español. Según el 1.859, el testador puede nombrar herederos ó legatarios á sus hijos ú otros descendientes que á la muerte de aquél no hayan de dar bajo el poder de otro ascendiente, para el caso en que referidos hijos ú otros descendientes mueran antes de [illegible]ad. El 1.860 añade que la sustitución pupilar que-

dará sin efecto cuando el sustituído llegue á los catorce años ó muera dejando descendiente que le herede.

El precepto del art. 776 de nuestro Código, referente á la sustitución ejemplar, se contiene en los 1.861 y 1.862 del portugués. Hay, sin embargo, entre ambos la diferencia de que el último habla sólo de quedar sin efecto la sustitución en el caso de recobrar el demente su razón, mientras que el español comprende este caso y el del testamento hecho por el sustituído en un intervalo lúcido.

Á la doctrina del art. 777 de que la sustitución, tanto pupilar como ejemplar, cuando el sustituído tenga herederos forzosos, sólo será válida en tanto no perjudique los derechos legitimarios de éstos, corresponde en el de Portugal la del 1.863, en virtud del cual una y otra sustitución comprenden únicamente los bienes de que el sustituto podría disponer de no hallarse incapacitado al tiempo de su muerte y que haya adquirido del testador.

El 778 del Código español no tiene concordante expreso en el de Portugal.

En equivalencia á la doctrina del art. 779 del Código patrio, encuéntrase la del 1.865 del portugués. Dispone éste que cuando los coherederos ó legatarios fuesen sustituídos recíprocamente por partes iguales, se entenderá que lo son en la misma proporción, y que si los sustitutos fuesen más que los sustituídos y nada constase en contrario, se entenderá que sustituyen por partes iguales.

El precepto del 780 es igual al 1.864 del portugués, aunque su redacción es distinta.

El Código portugués trata también de la sustitución fideicomisaria en sus artículos 1.866 y 1.867, correspondientes en conjunto con el 781 del español. Determina el primero lo que es fideicomiso, considerando como tal la di sición testamentaria en virtud de la cual un herede legatario queda obligado á conservar la herencia ó lega á transmitirlos á su muerte á un tercero.

Prohíbe el segundo para lo futuro las sustituciones fideicomisarias, excepto las hechas por el padre ó la madre, de la porción disponible en favor de los nietos nacidos ó por nacer, y las que se hagan en favor de los descendientes en primer grado, de hermanos del testador.

El 782 y el 783 del Código patrio carecen de equivalencia en el de Portugal. En oposición á esto la tiene expresa el 784, que concuerda en absoluto con el 1.868 de dicho Código.

Guarda grandes analogías el 785 del Código español con el 1.871 del portugués en cuanto éste rechaza:

1.° Las disposiciones con prohibición de enajenar;

2.° Las disposiciones en virtud de las cuales un tercero responda de la herencia ó legado por muerte del heredero ó del legatario;

3.° Aquellas en que se imponga al heredero ó legatario la obligación de entregar á una ó varias personas sucesivamente cierta renta ó pensión.

La prohibición del núm. 4.° del art. 785 de nuestro Código no consta en el 1.885 del portugués (de la *Sección* referente á la sustitución); pero en el 1.741 del mismo se dice que no producirá efecto alguno la disposición que dependiese de instrucciones ó recomendaciones hechas reservadamente.

Existe completa igualdad entre nuestro art. 786 y el 1.869 del Código de Portugal, declarativos ambos de que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no determina la de la institución, pues su único efecto es el de considerarse no escrita la cláusula fideicomisaria.

Concordante del art. 787 del Código español, afirmativo de la validez de la disposición en que se deje á una ó varias personas la propiedad y á otra el usufructo, es el 1.870 del Portugal, según cuyo literal contexto no se considerará ·icomiso la disposición por la cual el testador deje el usu·to de una cosa á una persona y la propiedad á otra, en ·to que el usufructuario ó el propietario no quede obligado

á transmitir á otro por su muerte el usufructo ó la propiedad,

De la materia propia del art. 788 de nuestro Código se ocupa el 1.872 del de Portugal; pero éste contiene reglas distintas que aquél, por cuanto determina que la carga deberá consignarse sobre predios ciertos y determinados, y que es lícito siempre al heredero ó legatario gravado, amortizar la prestación.

El precepto genérico del art. 789 de nuestro Código de que todo lo dispuesto respecto á los herederos se entenderá también aplicable á los legatarios, no consta en disposición alguna especial del Código portugués; pero tal omisión responde á que este cuerpo legal se refiere en cada uno de sus artículos á herederos y legatarios.

***

De la institución de heredero y del legado, condicionales ó á término.—No figura tampoco en el Código portugués capítulo ó sección con el título acabado de insertar, si bien algunas de las disposiciones en ella contenidas se encuentran desparramadas por los varios capítulos del título de sucesiones del Código portugués.

La facultad consignada en el primer artículo de la *Sección* que nos ocupa, el 790, de poderse otorgar las disposiciones testamentarias, así las que tengan el concepto de herencia como las de legado, bajo condición, aparece también inserta en el párrafo primero del art. 1.743 del Código de Portugal, preceptivo de que el testador puede disponer, ya pura y simplemente, ya con ciertas condiciones en tanto éstas no sean imposibles, absoluta ó relativamente, ó contrarias á la ley.

El párrafo único del mismo art. 1.743 del Código extranjero que estudiamos dice que las condiciones imposibles absoluta ó relativamente ó contrarias á la ley, se tendrán por no escritas y no perjudicarán á herederos ni legata-

aunque el testador disponga lo contrario. Como se ve, la disposición es idéntica en todo á la del art. 792 del Código español.

Doctrina equivalente á la del párrafo primero de nuestro artículo 793 se encuentra consignada en el 1.808 del de Portugal. No sucede lo mismo con el inciso de dicho art. 1.808 por el que se declara tenerse por no puesta la condición que obligue á abrazar ó dejar el estado eclesiástico ó determinada profesión. El contenido del art. 794 del Código es completamente igual al del 1.809 del portugués. En ambos se afirma la nulidad de la disposición otorgada bajo condición de que el heredero ó el legatario disponga en su testamento en favor del testador ó de otra persona.

Los artículos 795 á 798 inclusive carecen de concordantes en el Código portugués. Lo tiene el 799 en el 1.810, en el cual se declara que la condición que suspenda por cierto tiempo la ejecución de la disposición testamentaria, no impide que el heredero ó legatario adquiera derecho á la herencia ó legado y lo transmita á sus herederos.

Tampoco el art. 800 de nuestro Código tiene equivalente en el de Portugal.

El 801, el 802 y el 803 se corresponden con los 1.822, 1.823 y 1.825 del de Portugal, siendo unos iguales entre sí y existiendo entre otros algunas leves diferencias. El párrafo primero del art. 801 es idéntico en el fondo al 1.822 del Código de Portugal; en uno y en otro se expresa que si el heredero fuese instituido bajo condición suspensiva, se pondrán en administración los bienes de la herencia, hasta que se cumpla la condición ó exista certeza de que no puede realizarse.

El párrafo único del mismo art. 1.822 dice que la administración se confiará al coheredero instituido sin condición, entre él y el condicional se diese el derecho de acrecer; trina igual en absoluto á la del art. 802 de nuestro

La gradación establecida en el art. 803 para el cargo de administrador de la herencia no es admitida por el Código portugués, el cual, en su art. 1.823, sólo contiene la doctrina del párrafo primero del 803 del nuestro.

Los derechos y obligaciones de los administradores se rigen por igual criterio en ambos Códigos, porque tanto el artículo 804 del Código español, como el 1.825 del portugués preceptúan que los citados derechos y obligaciones serán los de los administradores de los bienes de un ausente.

El Código portugués sostiene el precepto diametralmente opuesto al del art. 805 de nuestro Código. Éste asienta la validez de la designación de día ó de tiempo en que haya de comonzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó legatario; aquél, en su art. 1.747, dice que se tendrá por no puesta tal designación.

MÉJICO

De la capacidad para heredar: capítulo III, título II, libro IV (artículos 3.425 al 3.459).—De la institución de heredero: capítulo V, título II, libro IV (artículos 3.497 al 3.514).—De la sustitución: capítulo VIII, título II, libro IV (artículos 3.621 al 3.644).—De las condiciones que pueden ponerse en los testamentos: capítulo II, título II, libro IV (artículos 3.386 al 3.411).

Consideraciones generales.—El examen comparativo de los Códigos mejicano y español nos revela que aquél ha servido de antecedente á este último en muchas de las materias que en el presente volumen se han de tratar.

Fuera aparte de la analogía que entre todos los Cuerpos legales civiles se nota por lo que respecta á las bases fundamentales de la doctrina de las sucesiones, este Código de Méjico, por su plan, contenido y forma, tiene fisonomía propia y es digno de meditado estudio.

*
* *

De la capacidad para heredar.—Según el art. 3.425 del Código de Méjico, tienen capacidad para heredar todos los habitantes del Estado, de cualquiera edad y sexo que sean, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación á ciertas personas y á determinados bienes pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

1.° Falta de personalidad.

2.° Delito.

3.° Presunción de influencia contraria á la libertad del testador ó á la verdad ó integridad del testamento.

4.° Falta de reciprocidad internacional.

5.° Utilidad pública.

6.° Renuncia ó remoción de algún cargo conferido en el testamento.

A) Son incapaces *por falta de personalidad para adquirir por testamento ó intestado:* los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, ó que aun cuando lo estén, no sean viables, conforme á lo dispuesto en el art. 327 (1), ó naciesen después de trescientos días, contados desde la muerte de aquél.

B) Por razón de delito, son incapaces de adquirir por testamento ó por intestado:

1.° El condenado por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesión se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de ella.

2.° El que haya hecho contra la persona referida acusación de delito que no merezca pena capital ó prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuese su descendiente, su ascendiente, su cónyuge ó su hermano, á no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida

(1) Art. 327. Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el o que, desprendido enteramente del seno materno, nace con ura humana y vive veinticuatro horas naturales. Si dentro de e período de tiempo fuere presentado vivo al Registro civil, se ıdrá como nacido.

ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes ó hermano ó cónyuge.

3.° El cónyuge que sobreviva y haya sido declarado adúltero en juicio durante la vida del otro, ó que estuviese divorciado y hubiese dado causa al divorcio, si se tratase de la sucesión del cónyuge difunto.

4.° La mujer condenada como adúltera en vida de su marido, si se tratase de la sucesión de los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio.

5.° El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos.

6.° El que hubiere cometido contra el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio.

7.° El que usare de violencia con el difunto para que haga, deje de hacer ó revoque su testamento.

8.° El padre ó la madre respecto de sus hijos naturales ó espúreos y de los descendientes de éstos si no ha reconocido á aquéllos.

9.° Los declarados incestuosos, siempre que se trate de la sucesión del uno respecto del otro.

10. El que, conforme al Código penal, fuese culpable de supresión, sustitución ó suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debía corresponder á éste ó á las personas á quienes se haya perjudicado ó intentado perjudicar con esos actos.

11. El cómplice del cónyuge adúltero, siempre que se trate de la sucesión de éste, si ha recaído sentencia judicial antes de la muerte del autor de la herencia.

a) En el caso del núm. 2.°, si el difunto no fuese descendiente, ascendiente ni cónyuge del acusador, se nec tará que la acusación sea declarada calumniosa.

b) Cuando la parte agraviada, de cualquiera de los mo expresados, perdonase al ofensor, recobrará éste el dere

de suceder al ofendido por intestado si el perdón consta por declaración auténtica ó por hechos indudables.

c) La capacidad para suceder por testamento sólo se recobra si, después de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor ó revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar.

C) Por presunción de influjo contrario á la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor:

1.° Los tutores y curadores, á no ser que sean instituídos antes de ser nombrados para el cargo ó después de la mayor edad de aquél y estando ya aprobadas las cuentas de la tutela.

a) La incapacidad á que se refiere el párrafo anterior no comprende á los ascendientes y hermanos del menor, salvo en todo caso lo dispuesto en el núm. 7.° de los referentes á los incapacitados por razón de delito.

2.° Son también incapaces de heredar por testamento por presunción de influjo contrario á la libertad del testador, el médico y el ministro de cualquier culto que asistan al difunto en la última enfermedad, á no ser que fuesen también herederos legítimos.

a) El Notario que á sabiendas autorice un testamento en que se contravenga el artículo anterior será privado de oficio. El Juez á quien se presentase el testamento impondrá de oficio esa pena, procediendo de plano, y si no lo hiciese así será suspendido por seis meses. Ni sobre la privación ni sobre la suspensión se admitirá recurso alguno en el efecto suspensivo, pero sí en el devolutivo.

C) Por presunción de influjo contrario á la verdad ó integridad del testamento, son incapaces de suceder el Notario y los testigos que fueren instituídos en aquel en cuyo [illegible]amiento y autorización hayan intervenido.

Por falta de reciprocidad internacional son incapa[illegible] heredar por testamento, ó por intestado, á los habi-

tantes del Estado, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar ó dejar por intestado sus bienes á favor de los mejicanos.

E) Por causa de utilidad pública, son incapaces de adquirir bienes raíces, sea por herencia, sea por legado, los Ayuntamientos y Corporaciones religiosas ó de Beneficencia pública de cualquiera clase que sean.

F) Por renuncia ó remoción de un cargo, son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados en él tutores, curadores ó albaceas, hayan rehusado sin justa causa el cargo, ó por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio.

Lo preceptuado respecto de la renuncia no comprende á los herederos forzosos en su porción legítima, ni á los que, habiendo alegado excusa y sido desechada por el Juez, hayan servido el cargo.

El Código mejicano, con un espíritu sistemático muy en armonía con la claridad de una exposición bien trazada, prescinde de la arcaica clasificación de las incapacidades en absolutas y relativas, según que la prohibición de heredar alcance á todas las herencias ó tan sólo á una ó varias.

Mirando el Código que comparamos, más que á los efectos de las incapacidades, á la causa de donde traen su raíz, las divide y clasifica según dimanen de la falta de personalidad (nacidos no viables), de delito, de presunción de influencia contraria á la libertad del testador, ó á la verdad ó integridad del testamento, de falta de reciprocidad internacional, de utilidad pública ó de renuncia ó remoción de algún cargo conferido en testamento.

En su esencia, las causas de incapacidad son las mismas en el Código mejicano y en el de nuestro país, porque, como ya tenemos dicho, suele haber entre las diversas legislaciones, por lo que respecta á la materia de la sucesión hereditaria, diferencias más ó menos graduadas, pero con cimentación análoga en lo fundamental.

Comprueba este aserto el examen comparado del Código mejicano con el español.

El primero, recogiendo doctrinas que en un tiempo tuvieron también su eco, y bien resonante por cierto, en nuestro país, niega en absoluto capacidad de heredar ni por testamento ni *ab intestato* bienes raíces á los Ayuntamientos y Corporaciones religiosas ó de beneficencia pública, de cualquiera clase que sean; al paso que el Código patrio les reconoce esta capacidad, aunque subordinándola á las reglas especiales de constitución de dichas entidades jurídicas, y por lo que respecta á la Iglesia, á lo concordado entre ambas potestades.

Otra diferencia que desde luego se percibe consiste en que mientras el Código español reconoce entre las causas de incapacidad por razón de indignidad la del heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la denunciase dentro de un mes á la justicia, si ésta no hubiese procedido de oficio, el Código mejicano la omite.

Finalmente, conviene hacer notar que la doctrina desenvuelta por los artículos 750, 751 y 755 del Código patrio, relativos, el primero, á que toda disposición hecha genéricamente en favor de una persona incierta será nula, á menos que por cualquier evento pueda resultar cierta; el segundo, á que la disposición hecha genéricamente en beneficio de los parientes del testador se entiende en favor de los más próximos en grado, y el tercero, expresivo de la nulidad de toda disposición hecha en favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta, carecen de equivalencia exacta en el Código mejicano. Esto no obstante, en el *cap. V, título II, lib. IV* del cuerpo legal civil de la República de Méjico existe el art. 3.510, cuyo fondo jurídico, siquiera su exsión sea diferente, coincide con el del art. 750 del Código España. Dice dicho art. 3.510 que si entre varios indivi- s del mismo nombre y circunstancias no pudiese saberse

á quién quiso designar el heredero, ninguno se reputará como tal.

Y una cosa análoga ocurre con el art. 755 antes citado. Cierto es que concordante exacto, coincidente digámoslo así, no se encuentra en el Código mejicano; pero hay que advertir que este Código prohíbe las sustituciones fideicomisarias, medio apropiado para que las personas interpósitas sirvieran de arcaduz para verter la herencia en manos del incapaz.

***

Hemos presentado las causas de incapacidad que el Código de Méjico admite y clasifica, en escala cerrada, sin interpolaciones de preceptos adicionales, los cuales ahora es ocasión oportuna de exponer.

Entre las causas de incapacidad por razón de utilidad pública, figura la de los Ayuntamientos y Corporaciones religiosas ó de beneficencia para adquirir bienes raíces; así pues, en su calidad de disposiciones complementarias establece el Código de Méjico las siguientes:

a) El legado que se deje á un establecimiento público imponiéndole algún gravamen ó bajo alguna condición, sólo será válido si el Gobierno lo aprueba (art. 3.439).

b) El testador es libre para designar persona que administre los capitales impuestos que deje á las Corporaciones y Establecimientos públicos (art. 3.440).

c) Las cantidades que en numerario se dejen á las Corporaciones y Establecimientos públicos serán impuestas inmediatamente, y de ellas darán los administradores noticia pormenorizada al Gobierno (art. 3.441).

d) La disposición hecha á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, aprovecha sólo á los del domicilio del testador en la época de su muerte, no consta claramente haber sido otra su voluntad (ticulo 3.442).

e) La calificación de pobres y la distribución se hará por la persona que haya designado el testador; en su falta, por el albacea, y en falta de éste, por el Juez (art. 3.443).

f) Si es el Juez quien hace la calificación y distribución, debe aplicar los fondos á los hospitales ó casas de beneficencia ó de educación dependientes del Gobierno (art. 3.444).

g) La disposición universal ó de una parte alícuota de los bienes que el testador haga en favor de su alma, sin determinar la obra piadosa ó benéfica que quiera se ejecute, se entenderá hecha en favor de los Establecimientos de beneficencia pública (art. 3.445).

Perfeccionando el capítulo destinado al desenvolvimiento de la doctrina relativa á la capacidad para heredar, establece el Código de Méjico, de la propia manera que el Código español, diferentes preceptos, de los cuales vamos á dar cuenta.

Dice el primero de dichos cuerpos legales que para que el heredero pueda suceder basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia; cuyo principio tiene su equivalencia en el art. 758 del Código patrio, redactado con menos claridad y llaneza, pero con más precisión científica.

Tanto el art. 3.449 del Código mejicano como el párrafo tercero del 758 del español sancionan la regla de que si la institución ó legado fuere condicional se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Lo propio ocurre con los artículos 759 y 3.450 respectivamente de los Códigos de España y Méjico. En efecto: ambos establecen que el heredero voluntario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva el testador, no transmite ningún derecho á sus sucesores.

La doctrina referente á que el incapaz de suceder que hiese entrado en posesión de los bienes deberá restituirlos con todas sus accesiones y con todos los frutos y rentas que hubiesen producido; la relativa á que si el incapaz descendiente del testador tuviese hijos no podrá usufructuar ni

administrar los bienes que por razón de legítima hereden aquéllos, y la concerniente á que la acción para declarar la incapacidad durará cinco años, contados desde que el incapaz hubiese entrado en posesión de la herencia ó del legado, tienen expresión análoga en ambos cuerpos legales.

El Código mejicano es si se quiere más prolijo, prevé más casos, desciende á más detalles, y por esta razón en dicho Código encontramos algunos textos que no han tenido cabida en el patrio. Pruébanlo así el art. 3.453, según el cual, el que herede en lugar del excluído tendrá las mismas cargas y condiciones que legalmente se hubiesen puesto á aquél; el 3.454, á cuyo tenor los deudores hereditarios que fueren demandados y que en ningún caso puedan tener el carácter de herederos, no podrán oponer al que está én posesión del derecho de heredero ó legatario la excepción de incapacidad; el 3.456, expresivo de que la incapacidad no priva de los alimentos que por ley corresponden sino en los casos 1.°, 2.°, 3.°, 6.°, 7.°, 8.° y 11 del art. 3.428; el 3.457, en el que se establece el principio de que la incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiera de percibir, sino después de declarado en juicio á petición de algún interesado, no pudiendo el Juez promoverla de oficio; y finalmente, el art. 3.459, declarativo de que si el que entró en posesión de la herencia y la perdió después por incapacidad, hubiese enajenado ó gravado el todo ó parte de los bienes antes de ser citado en juicio de interdicción, y aquel con quien contrató hubiese tenido buena fe, el contrato subsistirá; mas el heredero incapaz estará obligado á indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios.

***

De la institución de heredero.—Guardan entre sí tan marcada analogía los artículos que ambos Códigos dedican a desarrollo de la materia enunciada, que entre algunos, v. gr.,

los 763 al 765 y 769 al 773 del Código español, y los 3.498 al 3.501 y 3.504 al 3.509 del Código mejicano, más que analogía, existe identidad.

Esto no obstante, perciben algunas divergencias, reductibles á tres: *Primera*, la falta en el Código mejicano de un artículo equivalente al 767 del Código patrio. *Segunda*, análogo vacío respecto del art. 768, y *Tercera*, hallarse colocado el artículo equivalente al 766 del Código español, no en el *capítulo* concerniente á la institución de heredero, sino en el relativo á la capacidad para suceder por testamento ó sin él.

*
* *

De la sustitución.—Según el art. 3.621 del Código de Méjico, puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituídos, para el caso de que mueran antes que él, ó de que no puedan ó no quieran aceptar la herencia. Esto es lo que se llama sustitución vulgar.

Admite además en sus artículos 3.625 y 3.626 las sustituciones pupilar y ejemplar. A este propósito expresa que á los varones menores de catorce años y á las mujeres menores de doce pueden nombrar un sustituto el padre ó ascendiente bajo cuya potestad se hallen para el caso de que mueran antes de la edad referida; y el ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente mayor de edad que conforme á derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

Por los artículos que quedan transcritos demuéstrase que el Código de la República de Méjico, al igual del Código patrio, admite las llamadas sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar, con ligeras divergencias por lo que atañe á la segunda, respecto de la edad de los sustituídos. Así, mientras el Código mejicano distingue entre varones y hembras, señalando para los primeros la edad de catorce años y para las segundas la de doce, el Derecho civil patrio no procede por

distinción, estableciendo la edad de catorce años para los dos sexos.

Lo mismo en un Código que en otro, rige el precepto de que las sustituciones vulgar, pupilar y ejemplar no son válidas cuando el sustituído tenga herederos forzosos. De la propia suerte, así en uno como en otro cuerpo legal, la sustitución ejemplar queda sin efecto cuando el incapacitado recobra la razón, si bien el Código de Méjico, con mayor sentido práctico, exige que esta declaración de capacidad se haga por sentencia judicial.

Finalmente, en ambos Derechos es norma fundamental de la sustitución, la de que los sustitutos recibirán la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que la hubieren recibido los herederos, á no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa ó que los gravámenes ó condiciones fuesen meramente personales del heredero.

Esta coincidencia se explica por el carácter universal y estrictamente lógico de los textos anteriormente relacionados. Allí donde la sustitución ejemplar arraigue, forzosamente ha de regir el principio de que la capacidad recobrada deja sin efecto la sustitución. Allí donde la ley civil ampare la sustitución pupilar, la existencia de herederos forzosos del sustituído la destruye por su base.

A la inversa, la denominada sustitución fideicomisaria no se nos presenta investida de la misma tonalidad lógica y jurídica de las otras sustituciones. Nacida al calor de la situación social y política de Roma, en los tiempos modernos ha pasado por grandes alternativas, y si hay Códigos que la admiten con restricciones, v. gr., el Código español, que en su art. 781 sanciona la validez de las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia siempre que no pasen del segundo grado ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, otros Cuerpos legales, y entre ellos el que compa-

ramos, las prohiben en absoluto, sea cualquiera la forma con que se encubran y disfracen.

A pesar del rigor desplegado por el Código de Méjico (artículo 3.631) en la proscripción legal de las sustituciones fideicomisarias, algunos textos posteriores templan y mitigan la aspereza de la prohibición. Así, por ejemplo, el art. 3.633, análogo al 787 de nuestro Código, expresa que no se reputará fideicomisaria la disposición en que el testador deje la propiedad del todo ó parte de sus bienes á una persona y el usufructo á otra, á no ser que el propietario ó usufructuario queden obligados á transferir á su muerte la propiedad ó el usufructo á un tercero.

En la misma categoría podemos colocar el art. 3.637, semejante al 788 del Código patrio, y á cuyo tenor, tampoco se considerarán fideicomisarias las prestaciones de cualquiera cantidad impuestas á los herederos en favor de los indigentes, para dotar doncellas pobres, ó en favor de cualquier establecimiento ó fundación de beneficencia pública, siempre que la prestación se consigne por el testador en ciertos y determinados bienes, ya capitalizándolos ó poniéndolos á rédito, que en la capitalización intervenga la autoridad política del lugar, con audiencia de los interesados y del Ministerio público, y que los herederos gravados no queden obligados más que al cumplimiento de la carga.

Tampoco se reputan fideicomisarias las fundaciones de beneficencia ó instrucción para los descendientes y colaterales, siempre que con respecto á éstos no pasen del octavo grado.

Por el contrario, se consideran fideicomisarias, y en su consecuencia prohibidas, las disposiciones que contengan prohibición de enajenar ó que llamen á un tercero á lo que ede de la herencia por la muerte del heredero, ó confieran cargo de prestar á más de una persona sucesivamente rta renta ó pensión.

*
* *

De las condiciones que pueden ponerse en los testamentos.—El Código que comparamos desenvuelve la doctrina relativa á las condiciones inmediatamente después del *capítulo I*, que se ocupa de los testamentos en general. Encontramos más lógico este proceso expositivo, que es el mismo adoptado por el Código patrio con respecto á las obligaciones condicionales, sin que se vislumbre razón alguna que justifique la alteración introducida por lo que atañe á las condiciones testamentarias.

Comparando ambos Códigos, percíbense desde luego analogías fundamentales, como quiera que las limitaciones puestas á la disposición del sucesor han de fundarse en la más amplia libertad del que testa y en la posibilidad natural, moral y jurídica de la condición.

Así, pues, no es de extrañar que el Código patrio y el mejicano coincidan en conceder (artículos 790 y 3.386 respectivamente) al testador la libre facultad de disponer de sus bienes, tanto á título universal como particular, bajo condición; ni, dada la analogía que entre las obligaciones y los testamentos bajo condición existe, es anómalo el que ambos cuerpos legales se remitan expresamente á los preceptos que rigen las obligaciones condicionales *(artículos 791 y 3.392)*.

Si las condiciones contra naturaleza ó contra moral se tienen por no puestas, compréndese que ambos Códigos califiquen de tales las físicas ó legalmente imposibles de hacer ó de no hacer y la condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, siquiera el Código español admita la validez de esta condición prohibitiva cuando haya sido impuesta por el difunto consorte, por sus ascendientes ó descendientes al viudo ó viuda de aquél.

Por contravenir á la proscripción de los pactos sucesorios, y por razones de la más alta moral, los Códigos que comparamos declaran nula la disposición testamentaria hecha bajo condición de que el heredero ó legatario haga en

su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona.

a) Condiciones potestativas. — El Código español contiene dos preceptos. Es el primero el art. 795, expresivo de que la condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario ha de ser cumplida por éstos una vez enterados de ella, después de la muerte del testador, exceptuándose el caso en que la condición ya cumplida no pueda reiterarse. Es el segundo el art. 799, por el cual se declara que si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuese negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador, y que en caso de contravención devolverán lo percibido con sus frutos.

En su substancia, estos dos textos concuerdan con los dos siguientes del Código mejicano:

«Art. 3.396. Si la condición es puramente potestativa y de dar ó hacer alguna cosa, y el que ha sido gravado con ella ofrece cumplirla, pero aquel á cuyo favor se estableció rehúsa aceptar la cosa ó el hecho, la condición se tiene por cumplida.

»Art. 3.397. La condición potestativa se tendrá por cumplida aun cuando el heredero ó legatario haya prestado la cosa ó el hecho antes de que se otorgara el testamento, á no ser que pueda reiterarse la prestación, en cuyo caso no será ésta obligatoria, sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera.»

b) Condiciones casuales ó mixtas.—Los dos Códigos que comparamos establecen idéntica doctrina al disponer que, cuando la condición fuese casual ó mixta, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa.

Si la condición se había cumplido al hacerse el testamento, ignorándolo el testador, se tendrá por cumplida; mas si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuese de al naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

c) Condiciones de prestación periódica.—Ocúpase de ellas el Código de Méjico en el *cap. II* á que nos venimos refiriendo, concerniente á las condiciones testamentarias. El Código patrio lleva esta materia á la *sección X del capítulo II,* que se ocupa de las mandas y legados. A pesar de esta diferente colocación, los textos de ambos Códigos mantienen entre sí estrecha relación.

Expresa el art. 880 del Código de España que legada una pensión periódica ó cierta cantidad anual, mensual ó semanal, el legatario podrá exigir la del primer período así que muera el testador, y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar á la devolución aunque el legatario muera antes que termine el período comenzado.

El Código de Méjico, más prolijo con respecto á dicho particular, establece las siguientes reglas:

1.° Si el legado fuese de prestación periódica, que debe concluir en un día que es inseguro si llegará ó no, llegado el día, el legatario habrá hecho suyas todas las prestaciones que correspondan hasta aquel día.

2.° Si el día en que deba comenzar el legado fuese seguro, sea que se sepa ó no cuándo ha de llegar, el que ha de entregar la cosa legada tendrá respecto de ella los derechos y las obligaciones del usufructuario.

3.° En el caso de la regla anterior, si el legado consiste en prestación periódica, el que debe pagarlo hará suyo todo lo correspondiente al intermedio y cumplirá con hacer la prestación comenzando el día señalado.

4.° Cuando el legado deba concluir en un día que es seguro ha de llegar, se entregará la cosa ó cantidad legada al legatario, quien se considerará como usufructuario de ella.

5.° Si el legado consistiere en prestación periódica, el legatario hará suyas todas las cantidades vencidas hasta el día señalado.

d) Condiciones suspensivas.—El examen comparado de ambos Códigos nos enseña que, por lo que hace á esta clase

de condiciones, el Código patrio es más perfecto y minucioso que el mejicano, toda vez que en este último no se encuentran las previsoras disposiciones contenidas en los artículos 801 al 804 de nuestro Código civil.

Por último, tampoco tiene equivalente en el Código mejicano la regla interpretativa del art. 798 del español, á cuyo tenor, cuando sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario no pueda tener efecto la institución ó el legado en los mismos términos que lo haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros los más análogos y conformes á su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla ó no, impidiere su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se considerará cumplida la condición.

GUATEMALA

Libro II.—Título X.—Artículos 750, 810 al 831, 832 al 838.

Título X: Del modo de adquirir el dominio.—Capítulo II: De los herederos en general (art. 750).—Capítulo X: Del heredero testamentario (artículos 810 al 831).—Capítulo XI: De la sustitución (artículos 832 al 838).

Consideraciones generales.— Las diferencias de plan entre el Código guatemalteco y el español son tan perceptibles, que basta pasar la vista por el resumen que antecede para hacerse cargo de ellas.

Coinciden ambos Cuerpos legales en apreciar la herencia como uno de los modos de adquirir el dominio; pero distánse considerablemente en lo que pudiéramos llamar de- expositivo de la institución hereditaria.

Fijémonos en las materias que han de ser objeto del pre- volumen.

Nuestro Código las incluye en un *capítulo* y las divide en cuatro secciones que tratan respectivamente de la capacidad para suceder por testamento y sin él, de la institución de heredero, de la sustitución y de las instituciones condicionales.

El Código de Guatemala, en un solo capítulo y en columna cerrada, se ocupa de la institución de heredero, de la capacidad para suceder y de las instituciones condicionales, reservando otro breve capítulo para exponer la doctrina de las sustituciones.

Merece también ser notada la supresión de las causas de indignidad, refundidas en las de desheredación, acaso con gran sentido lógico.

Por último, es de observar el matiz extremadamente exagerado y con sus puntas y ribetes de anticlerical que comunica á esta parte del Código de Guatemala el art. 811 en su segundo párrafo al incapacitar á los confesores, aunque no lo hayan sido en la última enfermedad, y reputando por tales confesores á los sacerdotes con quienes el testador se hubiere confesado una sola vez en su vida.

Entremos en la comparación.

***

De la capacidad para heredar.—Ante todo, dice el art. 750 del Código de Guatemala que para ser heredero basta estar concebido al tiempo de la muerte de la persona á quien se hereda. Y añade: «Para que la sucesión tenga efecto en el presente caso es necesario que el heredero nazca con figura humana y viva veinticuatro horas.» Con esta declaración se corresponde el Código que comparamos con el Código patrio, cuando afirma en su art. 745 que son incapaces de suceder las criaturas abortivas.

Son además incapaces de suceder, al tenor del art. 811 d Código guatemalteco:

1.° Las manos muertas.

2.° El confesor del testador, aun cuando no lo sea en su última enfermedad.

Para este caso se entiende por confesor el sacerdote con quien se hubiere confesado el testador, aunque sólo haya sido una sola vez.

3.° Los parientes consanguíneos del confesor hasta el cuarto grado y sus afines hasta el segundo, á no ser que el pariente del confesor lo fuese también del testador.

4.° El alma del testador.

5.° Los médicos, cirujanos y boticarios que hayan asistido al testador en su última enfermedad, á menos que sean sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado.

6.° El escribano que autorice el testamento, su mujer, sus padres, hijos, nietos, suegros, nueras ó yernos.

Estas son las incapacidades únicas que admite el Código guatemalteco, declarándolo así terminantemente en su artículo 812.

La comparación entre los dos Códigos arroja las siguientes diferencias, entre otras de detalle, que no hay para qué mencionar:

a) No puede heredar el sacerdote que hubiere confesado al testador, aunque haya sido una sola vez en su vida.

b) Igual prohibición alcanza á los médicos y boticarios que hubiesen asistido al testador en su última enfermedad.

c) Son incapaces de heredar las manos muertas.

d) Carece de personalidad jurídica para la sucesión el alma del testador.

El Código patrio ni lleva la incapacidad del confesor al grado exageradísimo del Derecho civil de Guatemala, ni incapacita á los médicos y boticarios, apartándose en esto del ligo Napoleón, que inició este criterio restrictivo con resto á los profesores de medicina y farmacia, ni niega para lma la posibilidad de suceder, inspirándose en un prino cristiano y caritativo, ni relega á las manos muertas al

más absoluto de los ostracismos, privándolas para siempre de la herencia, considerada como institución del derecho civil.

Otra diferencia de gran monta consiste en la supresión realizada por el Código que comparamos, de las llamadas causas de indignidad, las cuales, trocadas en eminentemente voluntarias, han ido á sumarse con las causas de desheredación.

*
* *

De la institución de heredero.—A tres quedan reducidos los puntos de contacto del Código español con el guatemalteco en lo referente á esta materia. Son los artículos concordantes, los 764, 765 y 766 del Código patrio, los cuales enuncian la misma doctrina, y, por lo tanto, se corresponden con los 825, 827 y 813 del de Guatemala.

Los restantes artículos de este último cuerpo legal, insertos en el capítulo que trata «*del heredero testamentario*», disponen lo siguiente:

* No es heredero el instituido por error, cuando este error recae sobre la persona *(art. 824)*.

* Los bienes, derechos y acciones de que no dispuso el testador, que omitió la institución de heredero, pasan á sus herederos legales (*art. 826)*.

* Cuando, reunidas las porciones que asignó el testador á sus herederos, excedan de la masa hereditaria, se reducirán á prorrata (*art. 828*).

* Si el testador señala todas las porciones que deja á sus herederos voluntarios, y quedó algo sin aplicación determinada, esta parte corresponde á sus herederos legales (*artículo 829)*.

* Designándose en testamento parte determinada de la herencia voluntaria, para uno ó más herederos, sin señalarse la de sus coherederos, éstos se distribuirán con igualdad lo que sobre de la herencia, deducido lo que fué designado especialmente (*art. 830*).

* Pasará á los herederos legales del testador el todo ó la parte de la herencia que vacare, sea por renuncia de todos ó de alguno de los herederos voluntarios, ó sea por su muerte antes que la del testador.

Sin embargo, los herederos legales no tendrán estos derechos ni los expresados anteriormente cuando fuese diversa ó contraria la voluntad expresa del testador (*art. 831*).

Terminaremos esta parte haciendo notar la analogía que media entre el art. 823 del Código que comparamos, y los 772 y 773 del de España. Según el primero, el heredero debe ser *nombrado* con tal claridad y precisión que sea fácilmente distinguido y no pueda equivocarse con otro. Si bien en su fondo coinciden, no es tan rigorista el derecho patrio, y consiente que sea válida la institución aun cuando el testador no haya designado por su nombre al heredero, siempre que no pueda dudarse de quién sea el instituido.

*
* *

De las sustituciones.—El Código de Guatemala no admite más sustitución que la vulgar, la cual define diciendo que así se llama el nombramiento de otro ú otros herederos para el caso que no lo sea el primero ó los primeros instituídos.

Dicho esto, podemos, con relación á este capítulo, expresarnos en los mismos términos generales que lo hemos hecho en el anterior, toda vez que entre los Códigos que comparamos no existe ni un solo artículo coincidente.

He ahí los textos positivos que en el derecho civil guatemalteco contienen la doctrina jurídica de las sustituciones:

* Los sustitutos pueden ser nombrados conjunta ó sucesivamente (*art. 833*).

* El segundo sustituto, faltando el primero, lo es del he-o instituído (*art. 834*).

El heredero voluntario puede ser sustituído al arbitrio stador (*art. 835*).

* No pueden ser sustitutos los que no son capaces de heredar (*art. 836*).

* Caduca la sustitución si es forzoso el heredero sustituído, y deja á su muerte herederos forzosos, descendientes ó ascendientes (*art. 837*).

*
* *

De las instituciones condicionales.—Breves palabras nos bastarán para exponer estos particulares.

Por la ley civil de Guatemala, el testador no puede imponer condiciones sino sobre la parte libre de la herencia, y no sobre la parte que corresponda á los herederos forzosos.

La institución puede hacerse desde día determinado, ó hasta día cierto, ó bajo condición.

En la herencia conferida desde un día determinado, los frutos que aquélla produzca hasta que el día llegue corresponderán á los herederos legítimos, á menos que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

En la herencia conferida hasta día cierto ó tiempo determinado no podrá el heredero retener los bienes hereditarios, ni hacer suyos los frutos desde que pase el día ó tiempo señalados, perteneciendo en adelante estos bienes y frutos al heredero instituído ó á los legítimos.

La herencia legada bajo una condición que no se verifique pasará á los herederos legítimos del testador, á no ser que éste hubiere dispuesto otra cosa.

Finalmente, se tendrán por no puestas las siguientes condiciones:

a) Las imposibles.
b) La de no enajenar los bienes.
c) Las contrarias á las leyes y buenas costumbres, y
d) La de no casarse.

Respecto de esta última, se considerará válida la qu prohiba el matrimonio con determinada persona.

CODIGO CIVIL

LIBRO TERCERO

TÍTULO III

De las sucesiones.

CAPÍTULO II

DE LA HERENCIA

Si á cualquiera persona versada en el conocimiento del derecho civil, por sus fundamentos, por su historia y por su legislación comparada, persona conocedora, además, de toda la parte del Código patrio que ha sido objeto del estudio de los anteriores volúmenes, se le preguntara, al llegar al capítulo presente, lo que, á su juicio, debe constituir el contenido del mismo, dado el epígrafe con que se le encabeza, tenemos por seguro que no podría responder airosamente; y por más seguro todavía que, aun concediendo á la palabra herencia atidos muy complejos, no acertaría á referirse, con ;ular seguridad, á los asuntos de que tratan las once ciones del capítulo.

Huimos siempre, en todo lo posible, de repetir materias ya tratadas, no obstante la facilidad con que provocan las repeticiones el parecido de los asuntos unas veces, y la lógica de la demostración otras; motivo por el que sentimos la necesidad de prescindir, en este punto, de las explicaciones con que hemos comentado la definición dada de la herencia en el art. 659 del Código. Pero tan ilógica y tan injustificada nos parece la denominación de herencia traída al epígrafe del capítulo en cuyo examen vamos á penetrar, y de tal manera hallamos evidente la contradicción que resulta de este uso inesperado de la frase, que no podemos evitar alguna indicación, corroborando ó repitiendo las que con anterioridad tenemos hechas.

Cabría, por de pronto, la pregunta de si el legislador español, que en el citado art. 659 del Código define la herencia en el sentido corriente en nuestro tiempo, y de conformidad con las legislaciones de otros países, ha modificado su criterio por el desenvolvimiento de los artículos posteriores, hasta imaginar la herencia en una nueva forma, apta para un desarrollo también nuevo. Esta pregunta, que no se puede considerar muy seria una vez conocidas las disposiciones del capítulo, es, sin embargo, perfectamente natural para el que, llegando de pronto al epígrafe del mismo, y recordando haber visto definida la herencia como conjunto de los bienes, derechos y obligaciones de una persona, se hiciera cargo de la imposibilidad de hallar asunto en esta definición para la larga serie de preceptos á los que se califica y comprende bajo el vocablo *herencia*.

Advertimos desde luego que se trata en el capítu presente, subdividido en once secciones, de las materi

relativas á las cualidades de los herederos, á las distintas formas de instituirlos y sustituirlos en el testamento, á las limitaciones impuestas á los testadores en el ejercicio de su derecho de disponer *mortis causa*, y á las condiciones y facultades de las personas designadas en el testamento para la ejecución de sus disposiciones. Este es el contenido total del capítulo denominado *De la herencia*. ¿Por qué se llama así?

La herencia, históricamente considerada, ó mejor aún, vista á través del derecho romano, admite dos conceptos: el de la sucesión de una persona á otra por causa de muerte, y el de la universalidad de los bienes que constituyen esa sucesión. La modificación indudable que se observa en nuestro tiempo respecto al modo de concebir la herencia, no ha borrado todavía del lenguaje vulgar, ni aun del tecnicismo jurídico, el doble concepto de los romanos: Se dice "*recibir bienes por herencia*", aludiendo evidentemente al hecho de la sucesión, y también se dice "*recibir una herencia*", dando á entender los bienes y derechos que la constituyen. Sólo en el alto tecnicismo es donde se distinguen los conceptos, llamando herencia propiamente al patrimonio del difunto, y designando el modo de adquirirlo, en cuanto hecho, con la palabra "*sucesión*", y en cuanto facultad, con la frase: "*derecho hereditario*".

Pero ni el alto ni el bajo tecnicismo del derecho civil permiten, directa ó indirectamente, aplicar la palabra herencia de tal modo que pueda comprender la multitud de materias que se le adjudican en el Código. la capacidad de heredar, ni la institución de here-, etc., son bienes ó derechos integrantes del patrio del difunto. No son tampoco el hecho de la su-

cesión. No son siquiera el derecho hereditario, tal y como éste se concibe, porque, aun comprendidas en él, constituyen sólo una parte, á la que no es posible otorgar la exclusiva de la denominación. Como vemos, la impropiedad del epígrafe va resaltando por sí sola.

Era corriente en las escuelas, y de ello dan prueba todos los tratadistas, una clasificación de la materia de sucesiones en los tres grupos principales:

A) Sucesión testada.

B) Sucesión intestada, y

C) Cosas comunes á la una y á la otra.

El grupo primero, de la sucesión testada, comprendía la forma de los testamentos y demás actos de última voluntad, así como las condiciones de su eficacia ó ineficacia, la institución de heredero, la sustitución, las legítimas, las mejoras y los legados. El Código civil ha aceptado íntegramente esta agrupación, que antes no se subdividía, ó que se subdividía solamente, por la fuerza natural de la clasificación, en parte de *testamentos* y parte de *contenido de los testamentos*. Y al subdividirla por su cuenta, ha aplicado el sustantivo herencia á las disposiciones en que se contiene la voluntad de los testadores.

Ocurría con la nomenclatura antigua, defecto difícilmente evitable en las clasificaciones, que asuntos como el de la capacidad del heredero, comunes evidentemente á la sucesión testamentaria y á la intestada en muchas de sus fases, no encontraban lugar apropiado de colocación sino en la parte relativa á la institución del heredero. Pero, subsanar defecto tan pequeño, en el supuesto de que éste hubiera sido motivo, ¿valía el dolor de incurrir en tanta impropi

dad? Sin salir de este terreno, la nueva división de capítulos aportada al Código civil contiene un defecto mucho más importante que el antiguo: el de que se empieza por hablar de los testamentos en el *capítulo I;* se trata de la herencia en el II, y se dedican luego el III y el IV, respectivamente, á la sucesión intestada y á las disposiciones comunes á las herencias por testamento y sin él, sin un epígrafe previo dedicado á la sucesión testamentaria. Cosas pequeñas ciertamente y que no afectan consecuencias prácticas, pero no indignas, ni mucho menos, de la atención de los legisladores y de las observaciones de los críticos.

Para hacer resaltar más la impropiedad de la palabra *herencia* como lema del capítulo que vamos á estudiar, y la extrañeza que produce su uso en lugar tan poco á propósito, conviene tomar nota de que ninguno de los Códigos extranjeros á que tanto se imita en otros lugares, aun en las equivocaciones, ha podido servir de precedente al nuestro en el error que estamos señalando.

El Código Napoleón divide toda la materia «*De sucesiones*» en seis capítulos, es á saber: 1.° De la apertura de la sucesión y adición de herencia; 2.° Cualidades de los herederos; 3.° Ordenes de suceder; 4.° Sucesiones irregulares; 5.° Aceptación y repudiación de las sucesiones, y 6.° Partición y colación. El de Portugal, el de Méjico y aun el de Italia, muy parecido en su criterio sobre sucesiones al francés, dividen la ma-
[illegible]a en tres grupos principales: sucesión testamenta-
sucesión intestada y disposiciones comunes á am-
sucesiones. En ningún Código de los consultados
ncuentra capítulo ni sección denominado *De la he-*

rencia, ni se comprenden en grupo aparte y con enunciado propio, como en el nuestro, los asuntos de la sucesión testamentaria antes reseñados.

***

Abundan en este capítulo como en pocos del Código, las faltas de unidad y de orden; nótase más que en ninguno la mezcla de disposiciones incongruentes y hasta contradictorias, y son señaladísimos los descuidos de construcción gramatical. Todo ello será objeto de nuestra crítica en su lugar oportuno, debiéndonos limitar en este momento al examen del plan que se ha seguido en la distribución de las secciones.

Empiézase faltando al precedente histórico de los tratadistas, y al rigor científico de la materia, en el hecho de dedicar la *Sección primera* á la «capacidad para suceder por testamento y sin él», antes de haber hablado una palabra sobre la institución de heredero. Esta materia de la capacidad se estudiaba antes, siguiendo el método romano, como una parte del contenido total de la institución hereditaria, para que lógicamente resultara que el conocimiento de las personas capaces ó no capaces de esa institución seguía al de la misma y al de sus diversas formas. Con el procedimiento del Código todo se trastrueca, y después de haber definido al heredero en el art. 660, se trata de su capacidad en los 744 y siguientes, sin saber todavía en lo que consiste la vocación hereditaria de que se ocupa la sección siguiente, por lo que hace á los testamentos, y en otro capítulo más lejano, por lo relativo á la sucesión intestada

El resto del capítulo apenas modifica el plan hi rico de la materia. Esto no obstante, un regular

dado del legislador hubiera podido aportar á la obra la apetecible severidad científica; mas como este cuidado no se ha tenido en poco ni en mucho, obsérvase, por ejemplo, que tratando la *Sección segunda* de la institución de heredero, se aplaza para la *cuarta* la institución de heredero condicional ó á término, intercalando entre ambas la sustitución; que en dicha *Sección cuarta* se estudian los legados condicionales ó á término, sin haber hablado del legado puro, que se reserva para la *Sección décima*. En suma: que se carece de toda idea de clasificación, y se agrupan y colocan caprichosamente las disposiciones, con la natural consecuencia de ser imposible en muchos casos la busca de algunas de ellas, sin detenerse en la lectura íntegra del capítulo.

Por lo demás, dicho capítulo es uno de los más interesantes y acaso el de mayor importancia jurídica de todo el Código civil. Las facultades y restricciones del derecho de disposición de bienes *mortis causa*, la extensión y los límites del terreno en que la ley permite el movimiento de la voluntad humana de ultratumba, la suma, en fin, de cuanto forma parte del fondo de los testamentos, corresponde íntegramente á este capítulo. A él pertenecen, el estudio y la resolución en la teoría y en la práctica, en el derecho constituyente y en el derecho constituído, de todos los problemas en que la propiedad y la familia vienen á confluir en una idea común; del derecho de los hijos, del de los padres, del de los cónyuges á disfrutar los resultados del esfuerzo y de la fortuna de la persona con quien compartieron en los afectos más puros del alma, y con la que siguen do en muerte como jalones del mismo camino y eslabones de la misma cadena.

SECCIÓN PRIMERA

De la capacidad para suceder por testamento ó sin él.

Queda indicado ya, ligeramente, nuestro criterio respecto de la colocación de esta materia en el Código.

Es excesivamente sabido que, en el derecho romano de las *Instituciones* y, desde entonces, en todos los tratados de exposición del derecho civil de origen románico, la capacidad de los herederos formaba parte del capítulo ó de la sección destinados á tratar de la institución hereditaria. El *título XIV de las Instituciones* de Justiniano, *De haeredibus instituendis*, comprendía á la vez la determinación de las condiciones que había de reunir el heredero, la de las formas en que podía ser instituído, y la del modo con que se adjudicaba el caudal de la herencia, según que los herederos fuesen uno solo ó varios. En el procedimiento posterior de los expositores y comentaristas del derecho civil, se empezaba por determinar el concepto y el alcance de la institución del heredero, y se estudiaban á continuación los límites de la capacidad del mismo.

Este plan se ha alterado en el Código con fundado motivo, por cuanto la materia de la capacidad hereditaria ofrece suficiente extensión para constituir una sección aparte; pero ni su colocación ni el desarrollo que se ha dado dentro de ella á las disposiciones que contiene, merecen nuestro asentimiento.

Por de pronto, se incurre en la contradicción destinar todo el *capítulo II* á la sucesión testamentar para distinguirle del siguiente, que se dedica á la i

testada, y de incluir en el primero, y á la cabeza de las varias secciones que comprende, las disposiciones relativas á la capacidad para suceder *por testamento y sin él;* epígrafe que, por los términos en que está expresado, pertenece naturalmente al *capítulo V,* en que se estudian las materias comunes á la sucesión testada y á la intestada. Claro está que, según tendremos ocasión de ver en nuestro estudio, la mayor parte de las incapacidades para heredar son propias exclusivamente de la sucesión testada, que no hay ninguna que corresponda solamente á la sucesión *ab-intestato,* y que, en realidad, el examen de todas ellas tiene acomodado lugar en la primera de ambas materias, admitiendo, como el Código admite, que la sucesión testamentaria es principal y la intestada accesoria. Pero todo hubiera tenido fácil arreglo, prescindiendo en esta sección de la capacidad del heredero *ab-intestato,* y dedicando luégo un artículo, en el lugar correspondiente, para hacer extensiva á esa capacidad las disposiciones dictadas respecto del heredero por testamento; y con esto, ya que no otra cosa, se hubiera conseguido librar á la lógica de un motivado disgusto.

El Código francés y el italiano, que difieren del nuestro esencialmente en cuanto consideran como principal la sucesión legítima, relegando á segundo lugar la testamentaria, tratan de la capacidad del heredero en dos lugares distintos. Primeramente, al estudiar la sucesión *ab-intestato,* se ocupan en general de la capacidad de suceder (artículos 723 y siguientes del Código ...iano y 725 á 730 del francés), incluyendo entre los ...apaces á los no concebidos al tiempo de la sucesión, ...s no nacidos en condiciones de viabilidad y á los

indignos; y dejan para la sucesión testamentaria (artículos 764 y 901 y sucesivos, respectivamente), las otras incapacidades, propias de dicha sucesión. Pero este procedimiento, que al parecer tiene la ventaja de separar los asuntos y de colocarlos en su lugar adecuado, adolece también del defecto de comprender dentro de la sucesión legítima la capacidad del heredero en general, común naturalmente á la testamentaria; y, por otra parte, presenta una indudable confusión, de que por fortuna no se resiente nuestro Código. Defectuosos ambos, es preferible el adoptado por este último.

La redacción de los preceptos relativos á la capacidad hereditaria aparece también en nuestro Código excesivamente defectuosa. Cada uno de los artículos 745, 750 y 752 al 756 tiene por norma consagrar jurídicamente un caso típico de incapacidad; pero sólo mediante una lectura cuidadosa se puede formar el convencimiento de que responden todos al mismo fin de señalar las incapacidades del heredero.

El art. 750, el 755, el 752 y el 753, sin hablar tampoco de capacidad, ordenan que se considerará nula (los dos primeros) y que no produzca efecto (los dos últimos) la disposición ordenada en beneficio de una persona incierta ó interpuesta, ó del confesor del difunto y sus parientes, ó del tutor del pupilo. El 749 y el 751 se limitan á exponer el modo de interpretar la disposición hecha en general á favor de los pobres, ó de los parientes del difunto, sin referirse tampoco á la capacidad. El 754, por último, se distancia tanto, formalmente, del objeto de la sección, que, lejos de hablar la capacidad del heredero, trata de una prohibición

testador. Acaso esencialmente no tienen importancia estos descuidos, ni han de perjudicar el interés de nadie; pero, sobre ser indisculpables en un Código, cabe en lo posible y en lo fácil que sirvan, en determinadas ocasiones, de motivo ante los Tribunales para discusiones que el legislador debe cuidarse de evitar.

Por último, como ya anteriormente hemos observado, resultan comprendidas en esta *sección* disposiciones que no corresponden á la materia de la capacidad; y principalmente la del art. 759, relativa á la sucesión de los herederos condicionales. Se trata en el art. 758 (tampoco con oportunidad completa, puesto que afecta á la apertura de la sucesión) del tiempo á que debe atenderse para calificar la capacidad del heredero ó legatario; y se indica á este efecto (con menos oportunidad todavía) que, cuando la institución ó legado fuere condicional, se atenderá además al momento en que la condición se cumpla.

Sin otro motivo que éste, viene después el art. 759 á ocuparse de la transmisión de una herencia ó legado por el heredero ó legatario sometidos á condición, arrancando á la *sección cuarta* de este mismo capítulo una de sus disposiciones más importantes. Y lo peor, en este caso, es que la impropiedad de la colocación del artículo ha motivado ya graves controversias y dará ocasión, con el tiempo, á violentos litigios, por lamentables consideraciones de que en su sitio correspondiente nos haremos cargo.

ART. 744. Podrán suceder por testamento ó *ab-intato* los que no estén incapacitados por la ley.

Concordancias.—Análogo al art. 606 del proyecto de 1851 y al 741 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 2.ª, tit. III, Part. 6.ª*—Establescido puede ser por heredero de otro, Emperador o Emperatriz, o Rey o Reyna. E otrosi la camara de cada uno de ellos, e la eglesia de cada un lugar honrrado que fue fecho para seruicio de Dios, e obras de piedad. Otrosi cibdad, o villa, o concejo, o todo ome quier sea padre, quier sea fijo, o cauallero, e quier sea cuerdo, o loco, o mudo, o sordo, o ciego, o gastador de sus bienes, clerigo, o lego, o monge. *E breuemente dezimos, que todo ome a quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, quier sea libre, o sierno, puede ser establescido por heredero de otri.*

ART. 745. Son incapaces de suceder:

1.° Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30.

2.° Las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley.

Concordancias.—Análogo al art. 607 del proyecto de 1851 y al 742 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES (1).

(1) Como quiera que la legislación ha sido tan varia y copiosa en lo relativo á las incapacidades para suceder, y la palabra «precedente» admite, según su significado legal, tanto la ley afirmativa como la negativa, puesto que ambas son vestigios históricos del desenvolvimiento de la doctrina en el transcurso de los siglos, insertaremos todos los textos del Derecho civil común ya derogado, bien constituyan un antecedente categórico y preciso del artículo, bien sólo el recuerdo de un estado jurídico extinguido.

Fuero Juzgo.

INCAPACIDADES PARA SUCEDER

A) Por razón de no viabilidad.

Ley 18, tit. II, lib. IV.—La cosa que es dubdosa, si non fuere departida por razon, muchas vezes cae en yerro. Ca muchos omnes suelen contender, si el ninno que es nacido e muere ayna, si puede aver la buena del padre. E a esta entencion, queremos nos poner tal termino. La razon de natura atal es, que aquel que nasce non puede prender ninguna cosa en el mundo ante que si mismo, que es fecho de teniebras. Doncas, ¿en qual manera puede prender heredad sobre tierra qui non puede prender el empezamiento de la luz deste mundo? E qui non puede usar de los elementos de los quales era fecho, ¿cuemo podra aver las cosas que nol dexaron veer? E cuemo avra partida de las cosas deste mundo en su muerte, qui lo deviera aver si visquies, e cuemo sera contado en os bivos al qual fue mas allegada la muerte que la vida? E assi en medio de la luz, es luego muerto y es entrado en las teniebras. E porque los padres puedan aver la buena de tal fiio, e que la vida del ninno sea tal que cuemo puede aver la vida celestial assi aya la vida terrenal; establescemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres, fueras si despues que fuere nascido recibiere baptismo, e visquiere X dias, que tod omne que cubdicia ganar la buena del padre o de la madre por este ninno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo; e assi aquel que finca depues del, aya la buena. E quando el ninno a la tierra por heredad, e las cosas celestiales que son apareiadas, sus herederos ayan las terrenales, y este gane las cosas que defallen. E que si el muerto non puede usar las cosas terrenales, derecho es que si al que non, que puede ganar las cosas celestiales.

B) Por razón de vedado ayuntamiento.

Ley 2.ª, tit. V, lib. III.—... E si este pecado *(fornicio)* daquí delantre algun omne de nuestro regno a alguna muier lo osar fer, el sacerdote o el iuez los departa luego, maguer nenguno non lo acusare, y envienlos fuera de la tierra, e por ellos bevir

luengo tiempo de so uno, non sean escusados, *e su buena ayanla los fios que avien dotro casamiento*, e si non los avien, áyanlo los fiios deste casamiento, que maguer que sean nazidos de pecado fueron purgados por el baptismo. Et si estos non ovieren fiios deste casamiento, áyanlo los parientes mas propincos.

Ley 3.ª, tit. II, lib. III.—... E los fiios qualesquier e quantos quier que sean nados daquella ayustanza (de siervo con mujer libre), sean siervos cuemo su padre *e la buena de la mugier ayan sus parientes los mas propinquos...*

Ley 2.ª, tit. II, lib. III.—Si la mugier libre faz adulterio con su siervo o con el que fue su siervo y es libre, o se casa con el, y esto es provado, deve morir assi que el e la mugier deven ser fostigados antel iuez e quemados en el fuego. E despues que el iuez entendier qua la sennora casa con el siervo, o con el que fue siervo y es libre, develos luego departir, assi que los fiios del otro marido deven aver la buena desta su madre, o si non oviere fiios, devenlo aver los parientes mas propinquos della. E si non oviere heredero fastal tercero grado, estonze el sennor lo deve aver todo, *ca los fiios que son fechos de tal casamiento non deven heredar*. E si la mugier es bibda o es virgen que esto fizier, sufra la pena que es de suso dicha. E si fuyere a la eglesia por ventura sea sierva de quien el Rey mandare.

C) Por razón de segundas nupcias.

Ley 15, tit. II, lib. IV.—E si la madre se casar despues de la muerte del marido, desdaquel dia adelantre *deven aver sus fiios la parte que ella devia aver de la buena del marido se se non casare.*

D) Por razón de casamiento sin la licencia paterna.

Ley 8.ª, tit. II, lib. III.—Ley antigua.—Si la muier libre quiere casar con omne libre, el marido della deve fablar primeramientre con su padre.

....

E si ella casar sin voluntad del padre o de la madre, y ellos non la quisieren recebir de gracia, *ella ni sus fiios non den heredar en la buena de los padres*, porque se caso sin voluntad dellos. Mas sil quisieren dar los padres alguna cosa, bien pueden fazer, e daquello puede ella fazer su voluntad.

Fuero Viejo.

Ley 1.ª, tit. V, lib. V.—Si alguna manceba en cauellos sin voluntad de suos parientes los mas propinquos, o de sus cercanos coormanos casare con algund omne, e se ayuntare con el por qualquiera ayuntamiento, pesando a suos parientes mas propinquos, o a sus cercanos coormanos, que non aya parte en lo de suo padre, nin en lo de la madre, e sea enagenada de todo eredamiento por todo siempre.

Fuero Real.

INCAPACIDADES PARA SUCEDER

A) Por causa de religión, heregía ó conducta moral.

Ley X, tit. V, libro III.—Defendemos que *ninguno no pueda mandar de sus cosas á ningun herege, ni á home de religion* despues que ficiere promision fuera si lo mandare á su Orden ó á su Monasterio: *ni á alevoso, ni traydor, ni á quien ve matar á su señor, é captivar, ó ferir, é no lo quiso acorrer* así como pudiera: *ni fijo que hiciese en adulterio, ni en parienta ni mujer dotri.*

Ley 16.ª, tit. VI, libro III.—Defendemos que ningun clérigo, ni lego no pueda en vida, ni en muerte facer á Judío, ni á moro, ni herege, ni home que no sea Christiano, su heredero, ó si alguno lo ficiere, no vala y el Rey herede todo lo suyo.

Ley 13.ª, tit. V, libro III.—Todo home que fuere cabezalero de alguna manda, muestrela ante el Alcalde fasta un mes; y el Alcalde fagala leer ante si enteramente; é si el cabezalero esto no ficiere, pierda aquello que debie haber él en la manda, y delo por el alma del muerto, é de todo otro home que tubiere la manda, maguer no sea cabezalero; é si alguna cosa no hubiere en la manda, pechen el diezmo de la manda.

Ley 9.ª, tit. XII, libro III.—Si el marido diere á su muger una cosa que gela pueda dar, y ella despues de muerte de su rido ficiere buena vida, hayala fasta su muerte y á su muerte ga de ello lo que quisiere; é si fijos derechos no dexa, é si da no ficiere, tornese al marido que lo dió ó á sus fijos dere-

chos ó herederos, si fijos no hobiere de bendición, si fuere muerto; é si por aventura, despues de muerte de su marido, no ficiere buena vida, *pierdalo todo quanto le dexó el marido y hayanlo los herederos del marido* (1).

B) Por razón de ayuntamiento sacrílego.

Ley 2.ª, tít. VIII, libro IV. —Qualquier home que por fuerza ó á placer con mujer de Orden casare á sabiendas despues que fuere bendicha, así como es costumbre, sea tornada al Monasterio donde salió, so grande penitencia, así como semejare á su Obispo, ó á su Abadesa; y él sea echado por siempre jamás de la tierra, é no se pueda escusar por decir que ninguno no los acusa: é tan ayna como el Rey lo supiere por el Obispo, ó por el Abadesa, ó por otro home qualquier, faga facer esto que es sobredicho: é si de tal casamiento algunos fijos nascieren, é otros fijos derechos no hobieren, hayan la buena: la qual otros fijos derechos podrien haber: y esa mesma pena hayan los que con tales mugeres yoguieren, *é los fijos que ende nascieren, no hereden;* mas los parientes más propinquos que hobieren hereden los sus bienes de aquel: é si Monjes ó otros homes que son en Orden esto ficieren, hayan la pena sobredicha, ellos y las mugeres con quien casaren ó con quien yoguieren; é hereden los fijos como sobredicho es: é despues que el Obispo del lugar, ó los Alcaldes supieren tal fecho, luego lo fagan saber al Rey, y el que no lo ficiere, peche cient maravedis al Rey.

C) Por supervenioncia de hijos legítimos.

Ley 5.ª, tít. VI, lib. III.—Todo home que no hobiere fijos de bendicion é quisiere rescebir á alguno por fijo, é heredarle en sus bienes, puedalo facer: é si por aventura despues hobiere fijos de bendicion, hereden ellos, ó no aquel que recibió por fijo: y esto mismo sea por el fijo de la barragana que fué rescebido por fijo ó por heredero.

---

(1) Trátase en esta ley de un caso de incapacidad no originaria sino sobrevenida, digámoslo así; pero por no encontrar lugar más adecuado, la insertamos aquí en la categoría de precedente histórico del derecho actual.

D) Por renuncia del cargo de tutor.

Ley 12, tit. V, lib. III.—Otrosi, si el muerto manda á alguno que sea guardador de su fijo, é de sus bienes, así como manda la Ley, y él no lo quisiere ser, pierda quanto le mandó el muerto en su manda.

Las Siete Partidas.

INCAPACIDADES PARA SUCEDER

A) Por causas de deportación, heregía, condena penal, apostasía, vedado ayuntamiento y asociación ilícita.

Ley 4.ª, tit. III, Partida 6.ª—Non puede ser establescido por heredero ningun ome que sea desterrado por siempre, á quien dizen en latin deportatus: nin otrosi, los que son judgados á pena de cauar en las mineras de los metales del Rey para siempre, por yerro que fizieron: pero estos atales que fuessen condenados en los metales, ó lauores del Rey bien podrian auer otras mandas que les algunos mandassen ó fiziessen en sus testamentos. Otrosi dezimos, que el que es judgado por hereje, non puede ser establescido por heredero de otri: ni aquellos que se fazen baptizar dos veces á sabiendas. Nin los apostatas que fueran christianos, é tornaranse moros ó de otra ley. Otrosi, non puede ser establescido por heredera ninguna cofradia, nin ayuntamiento que fuesse fecho contra derecho, ó contra voluntad del Rey, ó del principe de la tierra. Nin puede establecer por heredero á ninguna persona que fué nascida de dañado coitu, que quiere tanto dezir, como de vedado ayuntamiento: assi como de parienta, ó de mujer religiosa.

Ley 3.ª, tit. III, Partida 6.ª— Si el Señor ouiesse tan gran amor con algun su sieruo, que non auiendo fijos, lo fiziesse heredero de lo suyo, poderlo y á fazer, é seria por ende heredero, é libre, maguer non lo ouiesse aforrado: ca entiendese que lo faze libre, pues quel dexa todo lo suyo faziendolo heredero. ero si alguna dueña que ouiesse sieruo, fuesse acusada que zia adulterio con el, e en ante que fuesse librado el pleyto de acusacion, lo estableciesse ella por su heredero, non valdria, or que fuerte sospecha seria contra ella, que era verdad lo que lla acusaron, pues tanto lo amaua, quel fazia su heredero.

B) Por casamiento antes del año de la viudez.

Ley 5.ª, tit. III, Partida 6.ª—Mvger que casasse ante de vn año despues de muerte de su marido, *no la puede ningun ome extraño establecer por heredera, nin otro que fuesse su pariente del quarto grado en adelante.* E defienden las leyes á las mugeres que non casen ante deste tiempo por dos razones: La vna porque non dubden los omes si auiniere que encaesce ella en esse mismo año, de qual de los maridos del muerto ó del biuo es el fijo ó la fija que nasciere della. La otra es porque el marido segundo non aya mala sospecha contra ella, por que tan ayna quiso casar.

Concilio de Trento.

Sesión 25.—3-4 Diciembre de 1563.—Cap. II.—No pueda persona alguna regular, hombre ni mujer, poseer, ó tener como propios, ni aun á nombre del convento, bienes muebles, ni raíces, de cualquier calidad que sean, ni de cualquier modo que los hayan adquirido, sino que se deben entregar inmediatamente al Superior, é incorporarse al convento. Ni sea permitido en adelante á los Superiores conceder á religioso alguno bienes raíces, ni aun en usufructo, uso, administración ó encomienda. Pertenezca tambien la administración de los bienes de los monasterios, ó de los conventos á sólo oficiales de éstos, los que han de ser amovibles, á voluntad del Superior.

Novísima Recopilación.

INCAPACIDADES PARA SUCEDER

A) Por causa de filiación sacrílega.

Ley 4.ª, tit. XX, lib. X.—Por no dar ocasión que las mujeres, así viudas como vírgenes, sean barraganas de clérigos, si sus hijos heredasen los bienes y de sus padres ó sus parientes, por privilegio ó cartas que tuviesen, ordenamos y mandamos que los *tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes de parte del padre;* ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda ó donación ó vendida que les sea hecha por los susc

chos, agora ni de aquí adelante; y qualesquier privilegios ó cartas que tengan ganadas ó ganaren de aquí en adelante en su ayuda contra lo que Nos así ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan de ellas aprovechar ni ayudar, ca Nos las revocamos y damos por ningunas.

Ley 5.ª, tít. XX, lib. X (Ley 9 de Toro).—Los hijos bastardos ó ilegítimos, de qualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex-testamento ni ab-intestato, en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legítimos; pero bien permitimos, que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrían disponer por su ánima y no más ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espúrios, por su orden y grado, le sean herederos legítimos *ex-testamento y ab-intestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres extestamento ni ab-intestato;* pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta párte de sus bienes y no más de la que podían disponer por su ánima; y de la tal parte despues que la hubieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de clérigos ó frayles, ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde o contenido en la ley precedente, que hizo el Señor Rey Don Juan el I en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de los clérigos.

B) Por causa de profesión religiosa.

Ley XVII, tít. XX, lib. X.—Prohibo que los religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes *ab-intestato*, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sa-

grados de sus institutos; quedando por consecuencia sin accion los Conventos á los bienes de los parientes de sus individuos con título de representación ni otro concepto.

C) Asociaciones no permitidas por la ley.

Véanse las leyes del *tit. XII, lib. XII,* las cuales no las insertamos por su mucha extensión y por su falta de congruencia con la materia que vamos á estudiar.

Leyes posteriores á las recopiladas.

Ley 26-29 Junio 1822.—Las Cortes, después de haber observado todas las formalidades prescritas por la Constitución, han decretado lo siguiente: Todos los regulares secularizados de uno y otro sexo, están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima como por cualquiera otro de sucesión, bien sea *ex testamento,* ó bien *ab-intestato,* entendiéndose esta habilitación desde la fecha de la secularización, y sin que tenga efecto retroactivo con relación á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas antes de la época expresada, cuya resolución deberá tener lugar, no obstante cualesquiera renuncias ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religión.

Ley 25-27 Enero 1837.—Doña Isabel II, etc.: sabed: Que las Cortes han decretado lo siguiente:

Se restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de las ordinarias, su fecha 26 de Junio de 1822, sancionado como ley en 29 del mismo, por el que se declaró á todos los regulares secularizados de ambos sexos, habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima como por cualquiera otro de sucesión, bien sea *ex testamento,* ó bien *ab-intestato,* con lo demás que en el mismo se previene.

Ley 22-29 de Julio de 1837 sobre extinción general de los conventos de ambos sexos.

....

Art. 38. Gozarán de la testamentifacción, de la capaci para adquirir entre vivos ó *ex testamento* ó *ab-intestato,* y los demás derechos civiles que corresponden á los eclesiásti

seculares, los religiosos secularizados y exclaustrados de ambos sexos, desde que salieron de los conventos, y las monjas que continúen en los que queden abiertos desde el 8 de Marzo de 1836.

Real decreto de 25 de Julio de 1868.—En vista de las razones que, de acuerdo con el M. R. Nuncio Apostólico, me ha hecho presentes mi Ministro de Gracia y Justicia, vengo en decretar lo siguiente:

Artículo 1.° Se declaran válidos y subsistentes todos los actos de dominio que las religiosas profesas hayan ejercido individualmente á consecuencia de las disposiciones de la ley de 29 de Julio de 1837, desde su publicación hasta el día, produciendo aquéllos todos los efectos legales.

Art. 2.° Salvo el derecho de las comunidades para adquirir y poseer según las leyes canónicas y según los convenios celebrados con la Santa Sede, se declara que en adelante no podrán adquirir individualmente bienes de ninguna especie las religiosas profesas, y que serán nulas, de ningún valor ni efecto todas las disposiciones que ilegalmente hicieren.

Art. 3.° Se concede el término de tres meses, á contar desde la publicación de este decreto, para que las religiosas profesas puedan disponer libremente de los bienes que hasta el presente hubiesen adquirido en virtud de las disposiciones de la citada ley de 29 de Julio de 1837, produciendo también los actos de dominio que en este plazo ejercieren todos los efectos legales.

Art. 4.° Los bienes adquiridos por las religiosas, de los cuales no dispusieren en el término señalado en el artículo anterior, pasarán por ministerio de la ley á las personas que en la misma estuvieren llamadas á obtenerlos, si las religiosas hubieren fallecido sin testar, y en la forma prevenida para tal caso en la legislación común.

Decreto de 15 de Octubre de 1868, elevado á ley en 20 de Junio de 1869.—En uso de las facultades que me competen como individuo del Gobierno provisional y Ministro de Gracia y Justicia,

Vengo en acordar:

Queda derogado en todas sus partes el decreto de 25 de Julio mo autorizando á las comunidades religiosas para adquirir oseer bienes, contra lo dispuesto en las leyes, y se restablece

en su fuerza y vigor el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, que concede individualmente á las monjas profesas este derecho.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 744 Y 745.—*Consideraciones de índole general.*—Empieza el Código á tratar de la capacidad y de la incapacidad del heredero ó legatario por medio de una regla general, base y resumen de toda la materia, y en la que van envueltas dos proposiciones correlativas:

Primera. «Son incapaces de heredar todas las personas que la ley señala.»

Segunda. «Podrá recibir por testamento ó *ab-intestato* todo el que no figure comprendido en las incapacidades de la ley.»

Este artículo, cuando se lee someramente la vez primera, antójase pueril por todo extremo. ¿Qué duda tiene que no han de suceder, en forma alguna, aquellos á quienes la ley lo impide, y que pueden suceder, en cambio, los no sujetos á prohibición legal? Parece, por lo tanto, una disposición superflua y redundante, de las que cabían en las antiguas leyes, pródigas siempre de explicaciones y de casos, pero de las que no puede autorizar el rigorismo de los modernos Códigos, secos y precisos, desnudos de todo ropaje y purificados de toda digresión.

Todos los Códigos vigentes, sin embargo, contienen una disposición análoga en el fondo á la de nuestro art. 744; lo cual demuestra que se obedece con ella á un fin, y que hay algún motivo muy fundado, que lleva este precepto de un Código á otro Código sin interrupción, y le intercala aun en aquellos que más se han desprendido del común modelo napoleónico. Algo hay, en efecto; y este algo hallámosle nosotros, aparte de lo que después diremos sobre interpretación de la materia de incapacidades, en la delicadísima naturaleza de los derechos sucesorios.

Ningún procedimiento de los admitidos para la transmisión de bienes de unas á otras manos merece á los legisladores el respeto del que se funda en la extinción de un sér y en la necesidad de continuar su obra socialmente.

La intervención legislativa en el derecho de familia que pospuesta siempre á los mandatos superiores de la naturale como en el de obligaciones se alza inevitablemente por cima la ley la libre voluntad del individuo; sin que, en la variabi

dad que de este modo se introduce, encuentre el régimen social motivo de desorden. En cambio, las relaciones de hecho y de derecho á que da origen la sucesión de las personas muertas, el lazo con que el destino de las mismas se une al de sus continuadores en el mundo, tienen tan especiales caracteres, entrañan cuestiones de moralidad tan hondas y afectan, por lo general, tan encontrados intereses, que excitan poderosamente á cada instante la conciencia pública, y solicitan de los legisladores la más escrupulosa vigilancia y la más estrecha minuciosidad: únicos medios de acomodar en lo posible al sentimiento universal, disminuyendo la ocasión de luchas y protestas, el régimen de las transmisiones *mortis causa*.

Por eso, al llegar á la materia de la capacidad del sucesor, en donde las transgresiones de la ley y el menosprecio de la voluntad del muerto, pueden ocasionar escándalos muy graves, es justo que la ley no omita indicación alguna provechosa, y que, antes de particularizar sus pensamientos, afirme el punto de partida en una regla general. Esto es lo que hace el art. 744, y lo que en buena lógica del procedimiento debe hacerse; puesto que, consagrada la *Sección* entera que empieza en este artículo á definir una por una las incapacidades que la ley impone, y siendo la incapacidad idea negativa, el buen orden del desenvolvimiento obliga á anteponer la correspondiente afirmación de la capacidad en general.

Sólo que, tratándose sin duda alguna en este artículo de formular en general la capacidad y la incapacidad del heredero ó legatario, esto es, de establecer la relación debida entre los dos conceptos, creemos que la redacción que se le ha dado, lo mismo que la del Código francés y de los demás con que concuerda exactamente, carece de la necesaria precisión, y hasta se encuentra poco en armonía, en apariencia al menos, con el intento perseguido.

Hemos de ver, más adelante, que la capacidad es una regla y la incapacidad una excepción; que aquélla es lo general, y lo particular; que la primera es un concepto afirmativo, y ativo la segunda. Por consecuencia, al expresarse el Código endo que «podrán suceder por testamento ó *ab-intestato* los no estén incapacitados por la ley», subvierte el orden ló- de las proposiciones, y hace de la incapacidad el término

de relación entre ellas, contra las indicaciones naturales del asunto.

Quizá notaron esto mismo los redactores del Código italiano, cuando se expresaron del siguiente modo, en el art. 723: «Todas las personas tienen capacidad para suceder, si no están comprendidas en alguna de las excepciones que la ley señala.» Con precisión mayor aún, y con demostración más clara de haberse comprendido la dificultad, el Código de Méjico dice así, en su art. 3.425: «Todos los habitantes del Estado, de cualquier edad y sexo que sean, tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación á ciertas personas y determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes...»

La diferencia que resulta entre esta redacción y la de nuestro Código es bien saliente, aun suponiendo que responden ambas á un mismo pensamiento. En los mencionados Códigos, la capacidad se encuentra formulada afirmativamente y como regla general: «todos son capaces». Por el contrario, el nuestro la determina negativamente y como si fuera la excepción: «pueden heredar todos aquellos á quienes la ley no incapacita». En los primeros, por lo tanto, la incapacidad es una idea subordinada á la capacidad, inferior á ella, y excepcional de ella; en el segundo, resulta la capacidad de suceder idea secundaria y relativa, pospuesta siempre á la previa determinación de la incapacidad. Más claro, y traduciéndolo todo libremente: para los Códigos de Méjico é Italia, «siempre se es capaz, mientras no se demuestra que lo prohibe la ley»; para el nuestro, «sólo se es capaz si se demuestra que la ley no lo prohíbe».

Queda ahora por resolver el principal problema: la diferencia señalada, aparte de la mejor ó peor colocación de ideas, ¿puede tener alguna consecuencia para el orden práctico, ó se resuelve, al fin de todo, en pura cuestión académica y en sencillo juego de palabras?

A nuestro juicio, no puede caber dificultad sobre este punto cuando se trata de los procedimientos judiciales y de la obl[illegible] ción de probar lo que se afirma. Puestos frente á frente el [illegible] solicite la declaración de incapacidad y el que la contradiga, [illegible] prueba del hecho en que la reclamación se funde correspond[illegible] siempre al primero; y sería un empeño de todo punto temera[illegible]

aun dada la redacción del Código, el de obligar al demandado á la demostración de no ser incapaz.

En cambio, no dudamos de que la redacción viciosa de este artículo, en aquellos casos en que se opone la acción de incapacidad al heredero, produce ciertas consecuencias en cuanto al tiempo de la aceptación y á sus efectos, de lo cual nos limitamos por ahora á esta ligera indicación, cuyo desarrollo y término tendremos precisión de ver en el estudio del art. 760, también correspondiente á esta sección.

*
* *

Concepto y contenido jurídico de la capacidad hereditaria. Ahora bien: ¿qué es, hasta dónde se extiende y desde dónde empieza á limitarse, en la región de los principios, la capacidad del heredero ó legatario?

Materia es esta á que conceden los autores poquísima importancia; acaso por considerarla todos en excesiva relación con los accidentes de la historia. El que penetra más en ella, Pacifici-Mazzoni, limítase á decir que la capacidad es regla y la incapacidad excepción, y que estas excepciones dependen, unas veces de falta de existencia en los llamados á la sucesión, y otras de consideraciones de moralidad y de decoro públicos á que los legisladores deben atender.

Creemos nosotros necesarias, sin embargo, algunas consideraciones más, para ilustrar esta materia; sobre todo, por la especialidad de sus preceptos en comparación con los que rigen la capacidad de derecho general, y los particulares de la disposición y adquisición de bienes.

Sabemos, como primer principio de la capacidad, clara y perfectamente sancionado en el art. 29 del Código, que toda persona es capaz de derechos y de obligaciones sin otro requisito que el del nacimiento. Sabemos también que, aun antes de nacer, según vimos en aquel artículo, y según demostraremos en el que sigue al que comentamos, se tiene ya capacidad, subordinada, por supuesto, á que se nazca en condiciones y á que se dé el tiempo necesario para que la sociedad deba contar con el nuevo individuo, partícipe de sus ventajas, lo mismo que de sus inconvenientes.

Entran en seguida las limitaciones del principio. Todos so-

mos capaces de adquirir derechos y obligaciones, pero no todos tenemos la claridad de inteligencia necesaria ó la serenidad de juicio para establecer los vínculos jurídicos de que aquéllos nacen. Hay niños, hay locos, y á ninguno de ellos se les permite ciertos actos ni se les concede plenitud de obligaciones y derechos. Se dice entonces (y no es de este lugar profundizar sobre ello) que existe la capacidad jurídica y que falta la capacidad de obrar.

En relación con nuestro asunto, esta capacidad de obrar, existente ó no, nada significa. Aquellos actos, como el de disponer de nuestros bienes, y aun el de adquirirlos por contrato, en que se pierde desde luego, ó en que se corre el riesgo de perder después derechos adquiridos, suponen y requieren la manifestación de una voluntad libre, segura y reflexiva; quien no se halla en condiciones de manifestarla, debe sufrir necesariamente una disminución de la capacidad. Pero los otros actos en que ganamos sin perder, adquirimos sin entregar, y somos, en fin, objeto de favores que no tienen correspondencias obligadas, no requieren semejante manifestación de la voluntad, y á todos pueden y deben serles permitidos, por la consideración que dió origen al antiguo refrán: «en recibir no hay engaño».

Vienen después limitaciones especiales que en cada materia se han impuesto por determinadas circunstancias. No falta la capacidad jurídica en principio, ni siquiera la capacidad de obrar; pero una vez es la madre á quien se priva de la patria potestad sobre sus hijos; otra vez es la corporación á quien se impide disponer de sus bienes; alguna el Magistrado, á quien se veda que los compre en el territorio de su cargo. Estas limitaciones son las que nos interesa examinar con relación á nuestro asunto, buscando los fundamentos filosóficos que les sirven de eje, dentro de las modificaciones con que la historia les va haciendo girar.

Desprendidos del método *a posteriori* que íbamos siguiendo, partamos como base de que la adquisición de bienes por testamento ó *ab-intestato* se funda en la voluntad manifestada ó en la presunta del que poseía dichos bienes. Sentemos inmediatamente que la ley, aun permitiendo los más abiertos campos á la voluntad del testador, ha de imponerle á veces restricciones y inevitables exigencias. Si no se quiere que estas restricciones

estas limitaciones de la capacidad se consideren subjetivamente respecto del causante, podemos referirnos á ellas objetivamente. Hay una voluntad que cumplir, una persona á quien esta voluntad resulta favorable. Pues bien: se necesita todavía poner en relación ambos términos, y demostrar que esa persona puede ser objeto de la voluntad correspondiente. He aquí nuestra primera regla: «se tiene capacidad para heredar en cuanto se puede ser objeto del llamamiento hereditario.»

Esto ¿sucede siempre?

Tratándose de una manifestación de la voluntad, hecha ó supuesta, lo primero á que se debe atender es á si en realidad existe ó no con las condiciones de libertad y reflexión que antes indicábamos. En el momento en que una causa poderosa hace dudar de que la verdadera voluntad sea la que en apariencia se nos ofrece, la ley prescinde de esta voluntad. Tenemos así el primer género de limitaciones en el sucesor, á las que corresponden varios de los artículos que á continuación estudiaremos.

No se trata de verdaderas incapacidades del heredero designado, á quien la ley en nada tacha; ni tampoco de restricciones á la voluntad del testador, que nada ilícito contiene en este punto. La ley realiza entonces, de señaladísima manera, aquella función de vigilancia y de tutela de que con anterioridad hemos hablado. Yo no te he impedido, dice al testador, que hayas dispuesto de tus cosas de la manera que lo has hecho; yo no hallo en tí, dice al heredero, obstáculo de capacidad ni de concepto público para recibir la herencia; no creo, sin embargo, que la voluntad testamentaria gozó de la libertad indispensable para producir efectos tan solemnes; y en la imposibilidad de reformarla, ó de ratificarla, y en la imposibilidad también de abrir la mano á la posible realización de una injusticia, anulo la disposición.

En otros casos, la voluntad fué libre y reflexivamente expuesta, ó la designación *ab-intestato* se ajustó á las reglas positivas; pero reúne tales condiciones la persona favorecida en estos ...os, que se hace necesidad de ley, por pública moralidad, el ...pedir su cumplimiento. En este segundo género de limitacio...s, hay incapacidad por parte del heredero, declaración legal ...presa de que no puede ser objeto de la disposición; pero, fun...mentalmente, se obra en favor, no en contra de la voluntad

del muerto. La designación del heredero es siempre un punto en que aparecen reunidos el porvenir de un hombre y sus antecedentes; no se favorece, aparte de casos muy extraordinarios, sino á quien se ha hecho digno de continuar nuestra memoria y de velar por ella. Cuando la ley encuentra designada á tan solemne fin, persona notoriamente impropia para realizarlo, supone que la voluntad no fué expresada con el conocimiento necesario de los hechos; y usando, como antes, sus atribuciones de tutela, y proporcionando á la conciencia pública la satisfacción de un sentimiento unánime, aparta el llamamiento de heredero á un lado.

Quedan, por último, los casos en que la voluntad hereditaria es indudable, en que el heredero se halla libre de toda clase de dificultades, de opinión y de fama; casos en que, sin embargo, su capacidad se halla sometida á particulares reglas, respecto de la adquisición por testamento. La ley obedece entonces á motivos jurídicos de orden superior, de carácter público, que no pudo quebrantar el testador, y hace incapaz al heredero ó le sujeta á ciertas condiciones. Esto sucede en general con las personas jurídicas

Como resultado de cuanto ligeramente hemos expuesto sobre los fundamentos internos de la incapacidad de suceder, llegamos á las siguientes reglas, á que después habremos de subordinar el juicio de las disposiciones que contiene el Código, no muy afortunado ciertamente en el desarrollo de este asunto:

1.ª Tienen capacidad de suceder, en general, todas las personas naturales en quienes se dan los requisitos del art. 29 del Código civil, y todas las jurídicas, con sujeción á lo determinado en el art. 37 del mismo.

2.ª La primera y más justificada de las incapacidades de adquirir por testamento ó *ab-intestato* consiste en la carencia de los requisitos necesarios para adquirir derechos de personalidad.

3.ª Supuesta, en general, la capacidad de suceder, puede ésta hallarse sometida, en cuanto á su ejercicio, á limitaciones especiales, en razón directa de aquellas condiciones con que la personalidad se adquiere ó acredita en ciertos casos.

4.ª Sin disminución ni privación de los derechos genera de la capacidad, la ley impide á veces hacer uso de la de recil por testamento, fundándose en la concurrencia de cualqu

motivo por donde quepa suponer que la voluntad se consignó con fraude, en beneficio del que pretende la herencia.

5.ª Por determinadas condiciones del heredero designado, cuando sus actos contradicen manifiestamente la naturaleza de la sucesión, la ley puede también variar el rumbo señalado, bien se trate de una disposición testamentaria, bien de un llamamiento *ab-intestato*.

*
* *

Antecedentes histórico-legales de la capacidad de suceder.

a) Las causas de incapacidad en el Derecho romano.— Expuestos tales como, á nuestro juicio, son en teoría los fundamentos de la incapacidad de suceder, conviene ahora que examinemos las vicisitudes sufridas en el transcurso de la historia, no sólo para apreciar de esta manera la correspondencia de la teoría con la práctica en el desenvolvimiento de las leyes, sino para adquirir el debido antecedente de la situación actual, y demostrar después hasta qué punto ha respondido el legislador á las necesidades históricamente conocidas.

Inútil á este fin hablar de tiempos anteriores á los de desarrollo del derecho en Roma. Mientras la capacidad es colectiva, social ó familiar, nadie puede decirse que la hereda, ni nadie que la pierde. El jefe de la tribu, el primogénito de la familia, quien quiera que recibe la jefatura de la agrupación, no puede decirse dueño de la propiedad, sino meramente director de su aprovechamiento. En vano es hablar de la capacidad sino para relacionarla con fines muy distintos; la conservación del grupo, el culto de los dioses y la adoración de los antepasados.

No es posible negar enteramente la propiedad individual ni aun en las más antiguas sociedades. Pero aceptada la existencia de esta propiedad con más ó menos amplitud, la idea del testamento, sin embargo, es indudable que no existe ó que, como de Atenas se supone, cristaliza sólo en formas muy rudimentarias. Iríamos muy lejos, por lo tanto, más lejos de lo que permite stro fin, entrando en consideraciones acerca de la capacidad ceder correspondiente á aquellos tiempos.

idea de verdadero testamento y la noción primera de ca-dad y de incapacidad con respecto á él, son de Roma y arran-de la disposición de bienes para lo futuro que se permitía á

los gentiles en la reunión de los comicios. Cree Ortolán que para obtener el favor de aquellos testamentos se necesitaba imprescindiblemente la cualidad de ciudadano. Aunque dicho autor en otra parte manifiesta contradictoriamente que no se necesitaba la presencia del instituído, ni eran, por tanto, de apreciar su edad, su sexo, y, como consecuencia, su ciudadanía, nosotros nos inclinamos sin vacilación á la primera de estas dos afirmaciones. Sólo podían ser capaces del testamento *comitia curiata* los patricios, en su cualidad de miembros de la Asamblea, y en la de emancipados, únicos á quienes podía confiarse el culto de los dioses. Ni los plebeyos, ni los menores de edad, ni las mujeres, tenían facultades, á nuestro juicio, para disponer ni para adquirir por dichos testamentos.

Bien sabido es que los plebeyos, constantemente dedicados á la apropiación de las instituciones aristocráticas, habían ido colocando, junto al testamento hecho en los comicios, el que se llamó *per aes et libram;* y bien sabidas son, del mismo modo, las múltiples razones que hicieron este testamento de uso general, antes de que las XII Tablas consignaran el célebre principio de que «se consideraría ley cuanto ordenase acerca de sus bienes el padre de familia».

La capacidad tuvo que subordinarse entonces á condiciones muy extrañas; siendo el testamento *peraes et libram* una manifestación de la *mancipatio,* la capacidad de disponer y de adquirir por él quedó sujeta necesariamente á las ritualidades mismas que correspondían á esta transmisión. Entonces nació la *factio testamenti,* capacidad de recibir por medio del peso y la balanza, y quedaron excluídos de la sucesión hereditaria todos los incapacitados para intervenir en las solemnidades del procedimiento. Era una incapacidad la falta de ciudadanía; era otra la falta del comercio; la imposibilidad de manifestar el consentimiento en el contrato era también decisiva. Ni los peregrinos, ni los deportados, ni los latinos, ni los dedicticios podían heredar, por falta de ciudadanía: el infante, el loco, el sordo y el mudo, por imposibilidad de consentir; ni el pródigo por carecer de los derechos del *commertium.* Al lado de estas incapacidades había establecido otra, primera forma de la indignidad del sucesor: la de haber sido condenado por libelo, por concusión ó por adulterio.

Cuando al testamento *per aes et libram* siguió el nuncupativo, en que la presencia de los herederos se hizo innecesaria, la materia de la capacidad sufrió también gran transformación. Siguieron siendo incapaces, por el rigor de los principios de aquella organización social, los que carecían de la cualidad de ciudadano; siguieron siéndolo también los condenados á penas infamantes; pero pudieron ya ser herederos el loco, el sordo, el mudo, el pródigo y el infante, atendido que la razón de su incapacidad estaba ya de todo punto descartada.

Viva en el testamento del pretor la misma situación en cuanto á nuestro asunto, fueron surgiendo después una por una muchas incapacidades especiales, según los tiempos iban requiriéndolas, de acuerdo con las opiniones de los jurisconsultos. La ley *Voconia* declaró incapacitadas para suceder á las mujeres. La ley *Junia* abrió la sucesión á los latinos, con tal de haber adquirido la ciudadanía al aceptar la herencia. La ley *Julia* incapacitó á los célibes. La ley *Papia Popea* extendió esta incapacidad á las personas que no tenían hijos. Se consideró excluídas igualmente á las personas inciertas, en cuya categoría entraron los dioses paganos, las municipalidades y colegios y los póstumos.

La concesión de la ciudadanía abrió después el campo á los dedicticios y á los latinos; el Cristianismo puso fin á la incapacidad de los dioses paganos; la desaparición de las excepcionales circunstancias en que se publicaron la ley *Julia* y la *Papia Popea* hizo también inútiles sus disposiciones en no lejano tiempo. Mientras esto sucedía, el genio jurídico romano tomaba inmensos vuelos; las respuestas de los jurisconsultos iban constituyendo insensiblemente la gran obra; variaban también de todo punto las condiciones de la sociedad romana, y los conceptos de la capacidad de suceder por testamento se acomodaban poco á poco á las necesidades de la nueva vida.

No es fácil enumerar completamente las incapacidades que se establecieron, como tampoco lo sería definir su origen y sus transformaciones. Pero, para nuestro objeto, bastará saber que, en la época de Justiniano, el número de causas de incapacidad era muy grande, y que quedaban como principales, después del *Corpus iuris*, las siguientes, cuyas razones respectivas se comprenderán sin explicarlas:

1ª Los apóstatas, judíos y herejes.

2.ª Los condenados por delito de lesa majestad.

3.ª Las asociaciones y colegios no autorizados expresamente por el Emperador.

4.ª El mismo Emperador, cuando resultara instituído por razón de pleito.

5.ª El adúltero y la adúltera entre sí.

6.ª Los hijos incestuosos respecto de sus padres, y éstos respecto de sus hijos.

7.ª Los hijos naturales en concurrencia con los legítimos.

8.ª El segundo cónyuge del causante, si éste tenía hijos del primer matrimonio.

9.ª El tutor que se casara con la pupila, respecto de la herencia de ésta.

10. El que por negligencia dejara morir á quien le instituyó heredero.

11. El que no hubiese vengado la muerte violenta del causante, etc., etc.

Causas menudas, como la de la cantinera respecto del soldado, se encuentran además con profusión.

Resulta ya, de las indicaciones que van hechas, la confirmación de los fundamentos de incapacidad antes expuestos. Hallamos el de carencia de personalidad en las incapacidades dependientes de la falta de ciudadanía, degradación por penas infamantes, pérdida de derechos civiles por causa religiosa, etc. Hallamos el de indignidad en la exclusión por abandono del causante, por no haber vengado su homicidio, etc. Encontramos, en fin, el de presunta sugestión del ánimo del muerto, en la incapacidad de los tutores, en la del segundo cónyuge del binubo, etc. Fuera de los accidentes puramente históricos, á muchos de los cuales haremos alusión en el comentario de este artículo y de otros posteriores, la noción de la incapacidad era la misma que es ahora, desde los tiempos primitivos del pueblo donde el derecho se hizo ciencia.

b) Las causas de incapacidad en el derecho civil patrio anterior al Código.—Es natural, después de lo que acabamos de decir, que la historia del derecho patrio no nos ofrezca grandes novedades. Interesa seguirla, sin embargo, con la indispensable brevedad, para el debido conocimiento de las circunstancias que ha aparecido nuestro Código, y del culto que se le ha rendido en sus disposiciones.

El *Fuero Juzgo* es muy incompleto en este punto, y muy poco preciso por añadidura. Los conceptos jurídicos no habían adquirido perfección alguna entre los godos, y la mezcla romana que el *Fuero Juzgo* tuvo, no le comunicó tampoco ningún sabor científico. Fácilmente se comprenderá esto con una ligera indicación de las disposiciones de aquel Código.

Varias de las incapacidades dependían del matrimonio hecho sin consentimiento, ó en irregulares condiciones. La *ley 8.ª del título II, lib. III*, declara que la mujer no debe casarse contra la voluntad de su padre, y que, de hacerlo, ella y sus hijos pierden el derecho de recibir nada de la buena del indicado padre; al propio tiempo, la *ley 11 del tít. I* del mismo libro supone que los hermanos, á falta del padre y de la madre, pueden desheredar á la hermana cuando se case sin su consentimiento, salvo que hubiera por parte de los mismos retardo malicioso ó injustificado.

El casamiento de la viuda antes del año del fallecimiento del marido está también sujeto á penas de análoga índole. *La ley 1.ª, tít. II, lib. III* dispone que «*si la mugier, después de muerto su marido, se casa con otro ante que cumpla el anno, o fiziere adulterio, la meytad de todas sus cosas reciban los fiios della e del primer marido. E si non á fiios, los parientes mas propinquos del marido ayan la meytad...*»

La *ley 15 del tít. II. libro IV*, declara que: «*si la madre se casar despues de la muerte del marido, desde aquel dia adelante deven aver sus fiios la parte que ella debia aver de la buena del marido se non casare*». En igual sentido se expresa la *ley 5.ª, tít. II, lib. V*, respecto de la viuda que observare mala vida. «*Si la muier viene a casa aiena*—dice la *ley 7.ª, tít. IV, libro III—por fazer adulterio, e el adulterador la quiere aver por muier e los padres lo otorgan... e la manceba non herede en la buena de su padre con sus hermanos, si los padres non quisieren.*» La *1.ª del tít. VI, lib. III* dispone que el que se case con mujer casada no pueda heredar cosa alguna de ella.

Por razón de estos ayuntamientos torpes ó no permitidos, hijos del culpable caen también en incapacidades de diso género. Las *leyes 3.ª, 4.ª y 7.ª del tít. II, lib. III*, disponen se hagan siervos los hijos de la mujer que se casó con siervo o, ó del varón libre que se casó con sierva, ó de la mujer

manumitida que se une en matrimonio á siervo, ó de la persona que se hizo pasar por libre siendo esclava.

La *ley 2.ª* de los mismos título y libro se refiere á la mujer que se casa con su siervo propio; ordena que sus bienes pasen á los hijos del primer marido, ó, en su defecto, á los parientes más cercanos; y además declara que «*los fiios de tal casamiento non deven heredar*». Más amplia y más explícita, la *ley 2.ª, tit. V, libro III*, dispone que los hijos del que se casa en adulterio ó incestuosamente sólo heredan si pertenecen á otro matrimonio; pero, en defecto de los de esta clase, permítese también ser herederos á los del casamiento ilícito, porque «*magüer que sean nacidos de pecado, fueron purgados por el baptismo*».

Por indignidad, la desheredación de los hijos era permitida también en casos especiales: *ley 1.ª, tit. V, lib. IV:* «*si el fiio o la fiia, o el nieto o la nieta fiziere grand tuerto o grand desonrra al padre o a la madre, o al avuelo o a la avuela, quel dé con palma, o con punno, o con coz, o con piedra, o con palo, o con correa, ol tira por el pie, o por la mano, o por los cabellos desordenadamientre, o si lo denosto en conceio...*» También se considera un modo de indignidad, en la *ley 4.ª, tit. V, lib. II*, la impugnación, sin causa derecha, del testamento del padre, «*ca derecho es que sea defendido al que quiere crebantar el fecho de sus mayores.*»

Recordemos después la incapacidad impuesta al tutor por la *ley 4.ª, tit. III, lib. IV:* «..... *hy el defendedor, si alguna cosa mandare de sus cosas a sus fiios* (el huérfano), *o a otri, en vida, o en muerte, si non avie dado recabdo a los huerfanos de sus cosas ... . todo lo deve entregar.*» Por otra parte, la incapacidad de las criaturas abortivas *(ley 18, tit. II, lib. IV)*, porque, «*¿en qual manera puede prender heredad sobre tierra qui non puede prender el empezamiento de la luz deste mundo?*» Finalmente, es incapacidad también para heredar la de la *ley 2.ª del título preliminar*, en cuanto á los hijos de los reyes, por las cosas que éstos hubieran adquirido de sus súbditos violentamente.

Todo lo demás del *Fuero Juzgo* aplicable á esta materia tiene por base principal la pena de confiscación de bienes, puesta allí por infinidad de causas. Es innumerable la serie delitos en que los bienes se confiscan, unas veces atendiend que haya ó no hijos legítimos con derecho á ellos, y otras ve

las más, prescindiendo de toda consideración. Son también muchos los casos en que á la confiscación va unida la pena de la servidumbre; por regla general, todos aquellos que afectan la honra de un tercero. Y, naturalmente, como de un lado la servidumbre producía la incapacidad, y de otro la pérdida de los bienes, resultaba, al fin y al cabo, una limitación indirecta del hijo y del pariente que se creían con derecho á ellos.

En demostración de que era así, y al mismo tiempo para probar que ya se comprendía entonces la noción de las personas interpuestas, recuérdese la *6.ª ley, tit. I, lib. II*, relativa á los rebeldes ó mal obedientes contra el Príncipe, el pueblo ó la tierra; en la cual se dice: «*Mas porque son muchos omnes que despues que entienden que son culpados de este pecado, dan sus cosas por enganno a las eglesias, o a sus muieres, o a sus fiios, o a otras personas, en tal manera que las puedan despues demandar quando quisieren..... Por ende nos queremos toller este enganno, hy establecemos.....*»

Del *Fuero Viejo* sólo podemos mencionar la *ley 1.ª del título V, lib. V*: «*Si alguna manceba en cabellos, sin voluntad de sus parientes mas propinquos..... casare..... non aya parte en lo de suo padre, nin en lo de la madre.*» Esta disposición y sus concordantes del *Fuero Juzgo*, ya anotadas, pasaron también al *Fuero Real*, en cuyo *tercer libro, tit. I, ley 2.ª*, se impone la pena de desheredación á la joven que casara sin el consentimiento de sus hermanos, salvo que por parte de éstos hubiese oposición injusta; del mismo modo que «*si ella se casare con alguno que no sea convenible para ella, e para su linage, o se fuere con alguno, de manera que sea a deshonra de ella, e de su linage*», siempre sobre el supuesto de que estos hechos no la incapacitan para heredar á otras personas que las que debieron autorizar el matrimonio; y sobre el de que no sea perdonada por el padre ó la madre según la autorización que concedía la *5.ª ley* del mismo libro y título.

El *Fuero Real* contiene ya disposiciones muy precisas res-
[illegible]o á la capacidad del heredero. En la *10.ª, tít. V, lib. III*, se
[illegible]rmina «*quales personas non pueden aver manda que les*
fecha», en la siguiente forma: «*Defendemos que ninguno no*
[illegible]da mandar de sus cosas á ningun herege, ni á home de reli-
[illegible]n despues que ficiere promision, fuera si lo mandare á su

Orden ó Monasterio; ni á alevoso, ni á traydor, ni á quien ve matar á su señor, é captivar, ó ferir, é no lo quiere acorrer, así como pudiera: ni fijo que ficiere en adulterio, ni en parienta ni en mujer de otri.»

La *ley XVI del VI título* de dicho libro prohíbe de igual manera que «*ningún clérigo ni lego, no pueda ni en vida ni en muerte facer á Judío, ni á Moro, ni á Herege, ni home que no sea Christiano, su heredero, é si alguno lo ficiere no vala*».

Las incapacidades de las distintas clases de hijos á que se refiere ya dicha *ley 11.ª*, son luégo objeto de otras disposiciones separadas. La *ley 1.ª* de iguales libro y título impide que herede más de la quinta parte, en concurrencia con hijos de bendición, el que lo sea de barragana. La *ley 2.ª, tít. VIII, libro IV*, habla de ayuntamientos con parientas, ó con cuñadas ó con mujeres de orden, determinando que «*los hijos que ende nascieren no hereden*». La *5.ª del tít. VI, libro III* se ocupa además de los adoptivos, impidiéndoles que entren á la herencia cuando haya hijos de bendición también.

Dispone la *ley 12, tít. V, libro III* que «*cuando el muerto manda á alguno que sea guardador de su fijo e de sus bienes... y él no lo quisiere ser, pierda quanto le mandó el muerto en su manda.*» Igual disposición se aplica al caso en que «*el cabezalero, en que dexare el muerto su manda, no quisiere ser cabezalero della...*» La *ley 9.ª del tít. XII* del mismo libro repite lo dispuesto ya en el Fuero Juzgo en cuanto á la mujer que «*por aventura después de la muerte de su marido no ficiere buena vida.*»

Otra ley importante, la *2.ª, tít. IX, libro III*, se ocupa de las causas por que se puede desheredar á los hijos de bendición. Entre otras de esas causas, de que se hablará en la materia de desheredación, figuran ya algunas de las especialmente relativas á la indignidad del heredero: «*si yuguiere con la mujer ó con la barragana*», «*si le ficiere cosa con que pueda morir ó prender lision*», «*si por prision de su cuerpo no lo quisiere fiar*», *si lo embarga, ó lo destorva de guisa que no pueda facer man*» y «*si yuguiere en captivo e no lo quisiere quitar*». Se confi también la incapacidad «*si se ficiese Herege, ó si se tor Moro ó Judío*».

Diversas otras leyes de aquel Código se consagran espe

mente á la indignidad del heredero. El que «*contrallare en juicio la manda para desfacerla*» (*ley 12, tit. V, lib. III*); el que fuere cabezalero de una manda y no la mostrare ante el Alcalde «*fasta un mes*» (*ley 13.ª id.*); el que por fuerza embarga al testador «*que no faga la manda*» ó que «*le tuelle que no pueda haber los testigos ó Escribano con quien faga la manda*»; así como el que «*por fuerza ficiere á padre ó á abuelo facer manda, ó en otra manera que la el quería facer*» (*ley 3.ª, tit. IX, id.*); «*el que matare al testador ó fuere en su muerte*», y el que «*si lo matare otro, non demandare su muerte*» (*ley 4.ª id.*); y «*el que dixere que aquella manda es falsa en que es heredero*» (*idem id.*).

Las Partidas trajeron á la capacidad del heredero todo lo que faltaba para completar el Derecho romano y algunas cosas más. Dejaremos, de lo que se dispone en ellas, lo relativo á la desheredación, amplísimamente desenvuelto en las leyes 4.ª y siguientes, *tit. VII, Partida 6.ª*; así como lo referente á indignidad del heredero, en que se confirma, con pocas diferencias, la obra del *Fuero Real*. Estos dos puntos se tratarán debidamente en sus lugares respectivos, como imprescindible antecedente de la legislación hoy en vigor.

En cuanto á la capacidad en general, existen dos leyes de aquel Código, *2.ª y 4.ª del tit. III de la Partida 6.ª*, que sirven de resumen de casi toda la materia. Por la primera se dispone que «*todo ome á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro.... establescido puede ser por heredero de otri*». En la segunda declárase incapaces al deportado; á los condenados para siempre á las minas del Rey (conservando empero su capacidad de legatarios); al juzgado por hereje; á los rebautizados; á los apóstatas (cristianos que se hicieron moros ó de otra ley); á las cofradías y Ayuntamientos contra derecho, y al nacido de dañado coito (con parientes ó con mujeres religiosas).

Fuera de estas dos leyes y de las mencionadas sobre desheredación é indignidad, sólo debemos recordar la *2.ª, tit. XIII, Partida 4.ª*, en las que se declara que los hijos legítimos «*heredan á sus padres, é á sus abuelos, é á otros parientes, lo que non pueden fazer los otros que no son legítimos*»; *la 3.ª, tit. XII* de misma Partida, en que se preceptúa que si la viuda casa antes de un año, pierde las cosas que el marido le hubiere dejado testamento; ley aclarada por la *5.ª, tit. III de la Parti-*

da 6.ª, que considera incapacitada á la binuba prematura para adquirir herencias y legados de cualquier extraño; y, finalmente, varias relativas al ejercicio del albaceazgo y de la tutela.

Siguieron á estas leyes, con referencia á la capacidad de suceder por testamento ó *ab-intestato*, cuatro principalmente, contenidas en la *Novísima Recopilación*. Una de Don Juan I, de 1380, en que se dispuso que «*los hijos de clérigos no hayan ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes por parte del padre*». Otra de *Toro, la 9.ª*, grandemente célebre, que impide heredar á los hijos bastardos ó ilegítimos más del quinto de los bienes de la madre, en concurrencia con los hijos legítimos; y de igual manera, aunque éstos hijos no existieren, si aquéllos fueran de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre. Otra en que se confirman las *4.ª y 5.ª, tít. IX, lib. III del Fuero Real*, sobre obligación del heredero de denunciar la muerte violenta del causante. Y otra, en fin, en que se prohíben las mandas y legados á los confesores si se hubieran hecho la confesión y el testamento durante la última enfermedad del testador.

***

c) Las causas de incapacidad según los tratadistas y expositores del derecho civil.—Los tratadistas de derecho civil anteriores á la publicación del Código habían clasificado todas aquellas causas de incapacidad en dos grupos principales: absolutas y relativas; las primeras, que impiden heredar de toda clase de personas, y las segundas, que se refieren sólo á ciertas personas ó á ciertos testamentos. Unos autores comprendían, entre las incapacidades relativas, las de indignidad; otros, de acuerdo con el proyecto de Código civil de 1851, hablaban de las últimas con separación, sin considerarlas verdaderas incapacidades. En todo lo referente á indignidad del heredero, nos remitimos al art. 756, donde examinaremos ese punto.

Los casos de incapacidad absoluta que quedaban, al promulgarse el Código civil, eran, según los tratadistas:

1.ª Las Corporaciones ilícitas, que, en opinión de Viso, estaban comprendidas en las leyes *del tít. XII, lib. XII de la Novísima Recopilación.*

2.ª Los monasterios y conventos, á juicio de Laserna y Montalbán, aunque no en sentir de otros autores.

3.ª Los religiosos profesos varones que vivian en clausura.

Habian desaparecido, por lo tanto, de las incapacidades absolutas anteriormente conocidas:

1.ª La de los moros, judíos, herejes, apóstatas y rebautizados, vigente todavía en 1861, según declaración del Tribunal Supremo, y derogada implícitamente por la Constitución del Estado de 1869.

2.ª La de los traidores y alevosos, y la de los deportados y condenados á trabajos públicos á perpetuidad; porque habiéndose permitido en la *ley 4.ª de Toro* que los condenados á muerte natural ó civil tuvieran la testamentifacción activa, debía considerárseles también capacitados para la pasiva, en opinión de los intérpretes, por ser ésta menos noble é importante que la otra.

Incapacidades relativas subsistían las siguientes:

1.ª Los hijos naturales, que sólo podían recibir el quinto de los bienes de sus padres, habiendo otros legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

2.ª Los nacidos de dañado y punible ayuntamiento. Dañado coito—habían dicho las Partidas—quiere decir «*como de vedado ayuntamiento, asi como de parientes ó de mujer religiosa.*» Dañado y punible ayuntamiento—decía la Novísima Recopilación—es aquel por el que la madre incurre en pena de muerte natural. Dichos hijos estaban incapacitados para recibir de su madre más del quinto de los bienes, y, en opinión de los autores, debían considerarse como tales los hijos de madre adúltera, aun habiéndose suprimido, por las leyes de Toro, la pena de muerte natural en este delito.

3.ª Los hijos de clérigos, frailes y monjas, que también se consideran por la Novísima Recopilación como de dañado y punible ayuntamiento, aunque no incurría la madre en pena de muerte natural. Esta clase de hijos sólo podía heredar de su madre el quinto de los bienes; y estaba incapacitada por completo en cuanto á la herencia de sus padres clérigos y demás parientes de la misma línea.

4.ª Los hijos incestuosos. En cuanto á la madre, estaban comprendidos en la categoría de los de dañado ayuntamiento,

según opinión general de los jurisconsultos. En cuanto al padre, cree Laserna que estaban también incapacitados por la ley de Partida antes citada.

5.ª Los hijos adulterinos, en cuanto á la herencia de su padre, también por consecuencia de las leyes de Partida.

Y 6.ª El sacerdote que hubiese asistido en su última enfermedad al testador, respecto del testamento hecho también durante ella.

***

d) Las causas de incapacidad según el Código.—El Código civil no ha modificado mucho la situación creada con anterioridad, al menos en el fondo. Las incapacidades absolutas que se han establecido en él son:

1.ª La de las criaturas abortivas, que no mencionaban los autores, pero que, como hemos visto, procede ya del Fuero Juzgo íntegramente.

2.ª La de las Asociaciones y Corporaciones no permitidas por la ley. La diferencia, en este punto, se reduce á que la calificación de estas Asociaciones, su personalidad y su capacidad, han sido objeto por el Código de una extensión que no tenían antes.

Resulta, en consecuencia, que de las incapacidades absolutas que antes enunciábamos han sido suprimidas dos y modificada favorablemente una; primer aspecto de este asunto, en que merece elogios el legislador.

Las incapacidades relativas son ahora:

1.ª Las que se impongan por leyes especiales en cuanto á la adquisición y posesión de bienes inmuebles por parte de las manos muertas. El Código no ha modificado en este punto ninguna de las disposiciones anteriores, de que con extensión habremos de ocuparnos en el art. 746.

2.ª La del alma del testador, cuando la institución se haya hecho indeterminadamente. Estas disposiciones por el alma se habían admitido en todo tiempo, y la modificación del Código consiste simplemente en variar el fin y la forma de aplicación de los bienes mandados.

3.ª La de los Establecimientos públicos, en cuanto á la adquisición por su sola personalidad, de herencias condicionales y gravosas. Esta incapacidad estaba consignada en leyes y est

tos de varios Establecimientos de dicha clase, y el Código se ha limitado á hacerla general.

4.ª La de los pobres, considerados indeterminadamente. El Código establece en este caso la forma en que la determinación se ha de realizar, sin conceder derechos individualmente, como antes concedian las doctrinas jurídicas, y, de acuerdo con ellas, la ley de Enjuiciamiento civil, artículos 1.101 y siguientes.

5.ª La de las personas inciertas. También estuvo siempre admitida en las doctrinas esta incapacidad de suceder, aunque nunca se la dió nombre de tal.

6.ª La del confesor, en la misma forma y con igual alcance que tenia ya en leyes anteriores.

7.ª La del tutor respecto del pupilo antes de la aprobación de cuentas del cargo. También hemos visto que esta incapacidad, aparte de hallarse establecida en otros Códigos, deriva, en la historia del derecho español, de las más antiguas leyes.

8.ª La del Notario en cuanto al testamento en que interviene. Esta prohibición se ha establecido siguiendo los Códigos de otros países, y tiene en nuestra patria el precedente de la ley del Notariado de 1862.

9.ª La de las personas interpuestas para entregar la herencia á un incapaz. Figuraba antes esta disposición en el número de las indignidades para suceder, y estaba consignada expresamente en la *ley 13, tit. VII de la Partida 6.ª*

10. La de los que se excusen de la tutela; estaba así dispuesto en las Partidas, se llevó al art. 618 del proyecto de 1851, y hoy ha pasado á figurar en el 251 del vigente, con referencia al tutor nombrado en testamento.

11. El albacea que no acepta el cargo ó lo renuncia sin justa causa. Proviene también de las antiguas leyes, formó parte de las incapacidades señaladas en el citado proyecto de Código, y es hoy el art. 900 del vigente. Esta incapacidad y la anterior se enumeraban antes en la lista de indignidades para suceder.

12. Las causas de desheredación no comprendidas en el género de la indignidad.

Y las incapacidades de los hijos? Ya hemos examinado en
› lugar las modificaciones introducidas por el Código en la
sideración jurídica de los hijos no legítimos. Su antigua in-
acidad se ha reducido de una manera muy notable. El hijo

natural tiene hoy, cuando menos, una mitad de lo que reciban los legítimos. Los adulterinos, sacrílegos, incestuosos, etc., comprendidos en una misma denominación, nada pueden pedir en concepto de legítima; pero tampoco están privados de la institución hereditaria en cuanto el padre quiera y pueda favorecerlos con sus bienes.

***

Clasificación de las causas de incapacidad.—Hemos seguido la clasificación de las incapacidades en absolutas y relativas, tal como los autores nos la daban hecha. Como quiera que la clasificación se ha de seguir usando en adelante, conviene que tomemos ligera nota de ella.

Los incapaces absolutos, dice Viso, son los que están absolutamente prohibidos para ser herederos; «los que no pueden ser llamados á suceder en ningún concepto en ningún testamento», dice Morató. Incapaces relativos (parciales) son, según Viso, los que no pueden ser herederos con respecto á ciertas y determinadas personas, y según Morató, los que sólo pueden serlo en ciertos testamentos ó en porción determinada de los bienes hereditarios.

Esta clasificación se resiente, en primer lugar, de la dificultad de definir las incapacidades relativas; ó se enumeran todas, ó se las define incompletamente. Así, por ejemplo, la incapacidad de los pobres no cabe en la definición de Viso; la de las personas inciertas no encaja en ninguna de las dos. Peca además de que uno de los términos de la clasificación, el de los incapaces absolutos, ha venido á reducirse á un solo concepto, mientras que todos los demás se agrupan en el de incapaces relativos.

Tendremos ocasión de observar más adelante que varias de las incapacidades que establece el Código, antes que de heredar, son de disponer por testamento; y que así lo entienden los Códigos de otros países. Hemos de admitir, sin embargo, á los efectos prácticos de nuestras disertaciones, el tecnicismo de que se vale el Código, y partir del nombre de incapacidades para suced que sirve de epígrafe á toda la sección.

Podríamos distinguir las incapacidades en dos grupos: un que abarcan la sucesión testamentaria y la intestada; otras q

se refieren exclusivamente á la primera. La de las criaturas abortivas y las de indignidad pertenecen al primer grupo; todas las restantes no existen sino en la sucesión por testamento. La capacidad de las personas jurídicas, la del alma del testador, la de los pobres, la de las personas ciertas, etc., compréndese, sin necesidad de aclaraciones, que no pueden relacionarse en modo alguno con una sucesión *ab-intestato*. Pero esta clasificación, que adquiriría importancia en ciertos casos, por ejemplo, en el de la sucesión intestada por inducción del confesor ó del tutor, no tiene la necesaria consistencia científica.

La incapacidad para recibir herencias es, al parecer, igual que para recibir legados; y así se puede interpretar por el artículo 660, que llama sucesión lo mismo á la del heredero que á la del legatario. Sin embargo, hay algunos casos, como las disposiciones genéricas á favor de los pobres ó del alma, en que, según veremos en su sitio, es muy distinta la capacidad con que se adquiere el beneficio de la disposición según que el testador les instituyera herederos ó les favoreciese con un legado á cargo de la persona instituída. Pocas consecuencias prácticas derivan de esto para que podamos apoyar en ellas una clasificación.

Ahora bien: sólo con que nos atengamos á las indicaciones antes hechas, al teorizar acerca de la incapacidad de suceder y á los distintos grupos obtenidos de causas por las cuales aquélla se establece, podremos formular una clasificación completa, y, á nuestro juicio, científica y prácticamente aceptable.

Debemos distinguir ante todo la incapacidad del heredero por su personalidad civil: incapacidades dependientes de *falta de personalidad* las unas; incapacidades *sin falta de personalidad* las otras.

Las de *falta de personalidad* pueden ser *absolutas* (las criaturas abortivas, las personas inciertas y las asociaciones no reconocidas), ó *relativas* (los establecimientos públicos, ciertas personas jurídicas, el alma del testador y los pobres). En las primeras, la personalidad falta por completo; en las segundas, sólo
arte, por condiciones que la ley exige.

s que se adquieren *sin falta de personalidad* entran en
grupos: 1.°, el de los individuos que se supone que han sido
recidos en el testamento mediante influjo ilícito sobre el
or (tutor, confesor, Notario); 2.°, el de los que por razones

de decoro público no deben heredar: *a)* ni con voluntad ni sin voluntad del testador (personas interpuestas): *b)* si el testador no remite la causa de incapacidad (personas indignas). Sobre este punto de la indignidad haremos en su sitio las consideraciones oportunas.

***

Reglas interpretativas con relación á la capacidad de suceder.—Nos falta examinar esta materia en cuanto á las condiciones de interpretación jurídica de todos sus preceptos.

Hay quien dice que la incapacidad de los indignos es como una pena, y aplica desde luégo á ella las reglas de interpretación en lo penal. *In poenalibus causis benignius interpretandum est*, decía ya el Digesto en un lugar; *interpretatione legum poenae molliendae sunt, potius quam asperandae*, añadía en otro.

Mas para que la interpretación haya de ser benigna y blanda, antes que áspera, no se necesita hacer comparaciones con el orden penal. La razón está simplemente en el carácter propio de toda ley prohibitiva, de toda la que impone una limitación de facultades. Siempre que al ciudadano colocado en condiciones para obrar de cierta manera se le somete á un precepto limitativo de su actividad, esta limitación se aplica rigorosamente, pero no con mayor amplitud que la señalada de una manera expresa. No cabe hacer lo que la ley impide; pero no cabe tampoco impedir lo que, por el silencio de los legisladores, puede dudarse de ser ó no ser lícito. Los romanos condensaron esta doctrina en su famoso axioma: *odia sunt restringenda...*

En efecto, las leyes de la incapacidad son odiosas, en el sentido técnico de la palabra; porque se las establece en consideración á vicios, irregularidades y anomalías que repugnan á la recta conciencia jurídica, y que pesan dolorosamente sobre el que en ellos ha incurrido. Extender el sentido de las disposiciones de la ley, queriendo interpretar los pensamientos del legislador por fuera de sus propias palabras, conduciría á hacer más numerosos los males, y en todo caso, á tornar en insegura y du[illegible] la actividad de los ciudadanos.

Por eso, corroborando las enseñanzas de la filosofía de [illegible] recho, el Código, con toda claridad, dispone en el art. 74º [illegible]

sólo serán ineficaces las disposiciones testamentarias en los casos expresamente prevenidos por la ley. En el particular examen de las incapacidades que señala el Código, tendremos ocasión de ver afirmado este principio, y especialmente al examinar los motivos por los cuales el sujeto se hace indigno para suceder, que es donde ocurre con más facilidad la duda del género de la interpretación. Veremos, por ejemplo, que se considera causa de indignidad el acusar falsamente al testador de algún delito al que la ley señale pena aflictiva, como el de perturbación de un acto religioso tumultuariamente, y que, sin embargo, el acusar de falsificación de un documento privado, que no tiene señalada pena aflictiva, no da lugar á esa nota, aun siendo mayor indiscutiblemente la gravedad del caso.

Reconocimiento de la capacidad para suceder de los religiosos profesos.

a) Antecedentes históricos.—Todas las antiguas incapacidades por falta de personalidad, por privación perpetua ó temporal de los derechos civiles, las que provenían de la esclavitud, de la muerte civil, de la infamia, de la falta de ciudadanía y de la *capitis-diminutio*, redúcense hoy únicamente á las determinadas por el art. 745:

1.ª Las criaturas abortivas.

2.ª Las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley.

En la primera edición del Código, art. 745, que comentamos, se contenía otra prohibición: «los religiosos profesos de órdenes reconocidas por las leyes del Reino.» La circunstancia de haber figurado este precepto en nuestro Código, y, de otro lado, la de haber sido objeto durante el siglo actual de una legislación complicadísima, decídenos á examinarle con detenimiento relativo.

Frecuentemente han ocurrido dudas en los Tribunales acerca de la capacidad de algunos religiosos, especialmente por las ...ncias de la retroactividad, en el tejer y destejer continuo ...ste siglo. Por otra parte, hay en este asunto diferencias de ...ciación entre el derecho canónico y el civil que no podemos ...r por alto. Quizá sean menores cada día las dificultades ...to de tan discutida incapacidad; pero aún no se halla el

campo lo suficientemente despejado para que, en una obra de la naturaleza de la nuestra, omitamos este importante estudio.

Examinemos, al efecto, los puntos capitales de su marcha histórica, para determinar después, de una manera segura, la situación presente del asunto.

Empieza á conocerse en nuestras leyes la incapacidad de los religiosos para suceder en el *Fuero Real*. La *ley 11 del tit. VI, libro III*, les permite *facer su manda de todas sus cosas* al recibir el Orden, é implícitamente les incapacita para disponer de sus bienes con posterioridad.

La *10, tit. V* del mismo libro, prohíbeles expresamente la adquisición de bienes por el testamento de otro. «*Defendemos que ninguno non pueda mandar de sus cosas á ningun herege, ni á home de religion, despues que ficiere promision, fuera si lo mandare á su Orden ó á su Monasterio.*»

Nada se dispone después acerca de este punto hasta la *ley 22, título VII, Partida 1.ª*, que determina varias prohibiciones del abuso de pedir y recibir dinero por la profesión del religioso, y dice, en cuanto á éste: «... *Otrosí, non le deuen consentir que aya alguna cosa que tenga apartadamente por suya, fueras si ouiesse oficio en el monesterio porque lo pudiesse tener.*» Una sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1871 declaró que esta ley había derogado la prohibición del Fuero Real, y que limitada á impedir al religioso que adquiriera nada para sí y que poseyera cosa alguna con independencia de la comunidad, constituía una demostración clara y terminante de que no se hallaba incapacitado para la adquisición de bienes. Así lo creía también D. Benito Gutiérrez, puesto que consideraba que la incapacidad del religioso era producto de la legislación indígena, desacorde con la legislación romana de Partidas.

Y la demostración más terminante la da la *ley 2.ª, tit. III de la Partida 6.ª*, no citada por el Tribunal Supremo, que dice: «*Establescido puede ser por heredero de otro... e clerigo, lego ó monge.*»

Fuera de un auto de 4 de Junio de 1636, que es el segu
del *tit. X de la Nueva Recopilación*, donde Felipe IV recor
dispuso la observancia de una ley de Portugal, en que se p
bía á todo clérigo, Obispo y eclesiástico que adquiriese bi
raíces sin licencia de los Reyes, la primera disposición legal

pués de las Partidas es la *ley 17, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación* (pragmática de 8 de Agosto de 1792). «*Prohibo*, dice, *que los religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes* ab-intestato, *por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal como repugnante á su solemne profesión, en que renuncian al mundo y á todos los derechos temporales, dedicándose sólo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos, quedando, por consecuencia, sin acción los conventos á los bienes de los parientes de sus individuos, con título de representación ni por otro concepto; é igualmente prohibo á los Tribunales y Justicias de estos mis Reinos que sobre este asunto admitan ni permitan admitir demanda ni contestación alguna; pues por el hecho de verificarse la profesión de religioso ó religiosa les declaro sin derecho á pedir ni deducir acción alguna sobre los bienes de sus parientes que mueran* ab-intestato, *y lo mismo á sus Monasterios y Conventos...*»

La *Novísima Recopilación*, por otra parte, en la *ley 13, título I, lib. I*, puso en vigor las disposiciones del *Concilio de Trento*, y, por lo tanto, una referente á los bienes de los religiosos, adoptada en la *sesión XXV* de 3-4 de Diciembre de 1563, y concebida en estos términos: «*No pueda persona alguna regular, hombre ni mujer, poseer ó tener como propios, ni aun á nombre del convento, bienes muebles ni raíces, de cualquier calidad que sean, ni de cualquier modo que los hayan adquirido; sino que se deben entregar inmediatamente al superior é incorporarse al convento. Ni sea permitido en adelante á los superiores conceder á religioso alguno bienes raíces, ni aun en usufructo, administración ó encomienda...*»

Surgía la cuestión de si los monjes seguían facultados, después de la Novísima, para heredar por testamento. Apelando unos á la prohibición del *Fuero Real*, fundándose otros en la naturaleza de la profesión canónica, se creía generalmente que estaban incapacitados. La cuestión no fué completamente decidida hasta la sentencia de 8 de Noviembre de 1871, en que se declaró que la prohibición únicamente se hallaba establecida para la sucesión *ab-intestato*, y que para heredar por testamento no la tuvieron incapacidad los religiosos después de la *Novísima Recopilación*.

Empezó á relajarse el rigor de la prohibición en el decreto-ley de *26-29 de Junio de 1822*. Habian sido poco tiempo antes suprimidas multitud de Ordenes y permitida la libre secularización de todo religioso. Dicho decreto-ley vino á disponer que todos los regulares *secularizados*, por consecuencia de los preceptos anteriores, quedaban habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima como por cualquiera otro de sucesión, bien fuese *ex testamento*, bien *ab-intestato*, «no obstante cualesquiera renuncias ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religión».

Dictáronse después disposiciones numerosas de supresión de determinados monasterios; un Real decreto de *8 de Marzo de 1836* que preceptuaba en general la supresión de los de hombres, y al fin, el célebre *decreto-ley de 22-29 de Junio de 1837*. Por él quedaron extinguidos en la Península, islas adyacentes y posesiones de España en Africa todos los monasterios, conventos, colegios, congregaciones y demás casas de religiosos de ambos sexos. El art. 38 de esta ley disponía lo siguiente: «Gozarán de la testamentifacción, de la capacidad para adquirir entre vivos ó *ex-testamento* ó *ab-intestato* y de los demás derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares, los religiosos secularizados y exclaustrados de ambos sexos desde que salieron de los conventos, y *las monjas que continúen en los que queden abiertos* desde el 8 de Marzo de 1836.» Quedaron, en consecuencia, derogados la ley de la *Novísima* y el *Capítulo II, Sesión 25* del Concilio de Trento. *(Sentencia de 8 de Noviembre de 1871.)*

Vino después el Concordato de 1851. Su art. 30 autorizó la conservación de determinados conventos y colegios de religiosas, y dispuso que su subsistencia habría de asegurarse en debida forma antes de la profesión. El 35 hizo esta misma declaración en cuanto á las demás comunidades. El 41 declaró la capacidad de la Iglesia para adquirir por cualquier título. Como se ve, en ninguno de estos artículos existe modificación de la capacidad individual de frailes y de monjas; y así vino á declararse por sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Octubre de 1860. Insistieron, sin embargo, algunos autores en creer que por el Concordato se derogó la ley de 1837, y así hubo de reco-

cerlo una Real orden de 19 de Septiembre de 1867, en que se autorizaba sólo con carácter provisional y sin perjuicio de lo que se resolviera por los Tribunales de Justicia ó por acuerdo de las potestades civil y eclesiástica, la inscripción de actos de dominio á nombre de religiosas profesas.

Como quiera que sea, toda cuestión quedó resuelta por los decretos de *25 de Julio y 18 de Octubre de 1868*. Dijo en su artículo 1.° el de 25 de Julio: «Se declaran válidos y subsistentes todos los actos de dominio que las religiosas profesas hayan ejercido individualmente á consecuencia de las disposiciones de la ley de 29 de Julio de 1837», y en su art. 2.° se añadía: «salvo el derecho de las comunidades... se declara que en adelante no podrán adquirir individualmente bienes de ninguna especie las religiosas profesas, y que serán nulas, de ningún valor ni efecto, todas las adquisiciones que ilegalmente hicieren». El de 18 de Octubre de 1868, revalidado por la ley de 20 de Junio de 1869, dispuso en cambio definitivamente la observancia de la ley de 1837. En su consecuencia, la capacidad de los religiosos al llegar la publicación del Código civil, estaba reconocida á las monjas en clausura, pero no á los religiosos varones.

Así las cosas, y generalizada á los dos sexos la prohibición, por la edición primera del Código, «Obispos respetables que levantaron su voz en el Senado, y otros oradores insignes, pertenecientes á partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, pidieron la solución contraria.» La Comisión de Códigos, por las razones que justificaron la reforma del primitivamente hecho, y que en nuestro volumen primero hemos insertado, creyó del caso suprimir la incapacidad y reservó este punto para que sea decidido, sin intervención de nuestras leyes, por las del derecho canónico.

Difícil es prever las consecuencias de esta concesión, el buen ó el mal uso que habrá de hacerse de ella, y las dificultades que pueden volver á presentarse, después de que la obra formidable del presente siglo parecía haberlas agotado para siempre. De- os quejarnos, en todo caso, de que la ley civil haya abando- el puesto, como si nada le tocara hacer en el asunto; y star de la conducta débil de la Comisión de Códigos ante las etables voces que en el Senado sostuvieron sus propios inte- *por contradictorios motivos.*

Se parte de la base de que la legislación canónica, atribuyendo siempre al monasterio la propiedad individual del religioso, pone límite á las avaricias desenfrenadas que tan amargos días dieron á la historia. Pero, ¿qué garantía tiene el legislador de que subsistirá el derecho canónico en la integridad que se supone? ¿Por dónde quedan limitadas las facultades de la Iglesia para admitir derogaciones del principio del Concilio de Trento? Estas derogaciones, que siempre han existido, ¿no se harán mayores cada vez, al amparo de la libertad que se concede?

Se dice también que se ha restituído á las Comunidades eclesiásticas la facultad de adquirir y poseer, y que, por lo tanto, ningún motivo existe ya para limitar las adquisiciones de sus miembros, que necesariamente han de ceder, dada la legislación canónica, en beneficio de la Comunidad. Pero, supuesto que sea exacto y dure siempre este dominio colectivo, ¿qué tiene que ver tal fundamento con el que determinaba esencialmente la incapacidad del religioso, incapacidad en todos los órdenes de la ley civil, producto necesario de su segregación social perpetua? Y, ¿qué implica la facultad de las Comunidades, en contra del voto de pobreza á que están sujetos los individuos que la forman, y de cuyo recuerdo no se ha podido prescindir cuando se buscaban antecedentes en la legislación canónica?

La prueba de que son puntos completamente separados la capacidad de las Comunidades religiosas y la que se concede ahora á sus miembros, reside en que después del Concordato de 1851, como acabamos de exponer, se ha puesto en duda unas veces y negado otras el último de los derechos indicados, sin intervención, reclamación ni indicio de protesta por parte de la curia romana. Aparte de esto, la incapacidad de los religiosos tenía también por argumento la necesidad de poner límite á la avaricia de las Comunidades, haciendo más difíciles aquellas instituciones hereditarias poco justas que les enriquecieron muchas veces. Y se consideraba menos fácil inclinar la voluntad del propietario en favor de la asociación entera que de uno solo de sus miembros, amigo y confidente. Concurre, en fin, la particularidad de conservarse en el art. 752 la prohibición de disposiciones testamentarias favorables á los confesores, fundada casi exclusivamente en los abusos cometidos durante muc

tiempo por los frailes; mientras se omite por completo este antecedente al definir la incapacidad de suceder en general.

Terminaremos este punto recordando, puesto que solamente la legislación canónica rige ya la capacidad de los religiosos, que los que de éstos hicieron voto de pobreza no pueden adquirir nada para sí dentro de los cánones, salvo pensiones vitalicias ó temporales para alimentos; que háyase ó no hecho ese voto, el religioso no puede poseer individualmente cosa alguna, salvo por razón de oficio; y que, en consecuencia, sus adquisiciones, inclusa cualquier pensión de dicho género, deben ir á parar íntegramente á la comunidad en que figura inscrito.

Es cuestión bastante discutida entre los canonistas, especialmente con relación á leyes extranjeras, la de los motivos que pueden ocurrir para que se recobre la capacidad. Opínase, generalmente, que el religioso que llega á ser nombrado Obispo obtiene vida independiente y capacidad para adquirir y poseer por sí; lo mismo se dice de los jesuítas que vuelven al siglo, aunque Pothier lo niega terminantemente. Donde los religiosos siguen incapacitados por la ley, discútese también si el Papa puede, al dispensar los votos, reafirmarles la capacidad, creyendo los autores que debe resolverse negativamente la cuestión, por no tratarse de facultades de la Iglesia, sino del Estado.

Por último, según dispuso el Concilio de Trento, incurre en anatema quien dé bienes al novicio por ningún pretexto, salvo el de satisfacer sus gastos de vestido y alimentación. Igualmente es objeto de penalidad el religioso que recibe bienes, á título de la profesión del novicio, como no sea por las razones indicadas. La dote prestada por el novicio debe devolvérsele si al fin no llega á profesar. Y de morir en el período del noviciado, la dote pasa, como otro bien cualquiera, á sus herederos respectivos.

***

De la incapacidad de las criaturas abortivas.—Los incapaces en absoluto de la sucesión hereditaria, según el art. 745 de egunda redacción del Código, son, en primer lugar, «*las criaas abortivas*; entendiéndose tales las que no reúnan las circstancias expresadas en el art. 30.»

ta á la vista, antes que la mala redacción del apartado, la

falta de lógica con que procede en este punto el Código. No se ha podido hablar de criaturas abortivas sin detener el pensamiento en la imprescindible condición de la existencia para la adquisición hereditaria; y, sin embargo, nada se ha dicho directamente acerca de esto. ¿Qué clase de razones se habrá tenido en cuenta para obrar así, cuando, por otra parte, existe el precedente de haberse consignado en todos los Códigos de los demás países una disposición perfectamente clara en sentido contrario?

«Son incapaces de suceder los que no estuvieren concebidos», dicen el Código francés, el italiano, el de Guatemala y el de Méjico. «Sólo pueden adquirir por testamento, dice con toda precisión el Código de Portugal, aquellos que tienen existencia.» ¿Á qué obedece, pues, en nuestro Código el silencio, habiéndose tenido á la vista antecedente tan unánime?

Quizá el legislador haya supuesto que es innecesaria la disposición, puesto que ningún derecho puede reclamarse á nombre de lo que no existe; pero, de ser así, se incurre en el error inexplicable de confundir aquello que no existe ni llega á existir nunca, con lo que, no habiendo existido en cierto tiempo, existe en otro posterior. La capacidad de suceder debe tenerse, según veremos en el art. 758, al tiempo de morir el testador. ¿Ha de ser igual que en esta época se haya ya nacido, ó que se esté concebido solamente, ó que ni siquiera la concepción se haya realizado? ¿Podrán los efectos ser los mismos en cada una de estas tres hipótesis?

Materia es del indicado art. 758, á cuyo comentario la enviamos, esta necesidad de la existencia en el preciso instante del fallecimiento que da lugar á la sucesión; y entonces habrá oportunidad de examinar los límites á que se sujeta este principio. Pero el principio existe, reconocido en todas las doctrinas y consagrado por todos los Códigos; y la omisión del nuestro, cuando se empieza por declarar capaces de la herencia á todos los no expresamente incapacitados, y cuando después no se incapacita expresamente al no nacido, implica la absurda é insostenible consecuencia de que se puede heredar sin exis ¿Prueba? La sentencia del Tribunal Supremo de *19 de En de 1875*, que declaraba válida la institución del no nacido, p to que no lo prohibían las Partidas.

También es fácil que el legislador pensara que la personalidad se adquiere exclusivamente por el nacimiento, aparte los derechos que da la concepción; y que no considerase necesario repetir aquí lo que ya quedó perfectamente establecido en el artículo 29. Pero esta consideración lucha contra la necesidad legal de haber de ser expresamente consignadas las incapacidades de suceder; y aun cuando así no fuese, ¿por qué se cae en la contradicción de repetir lo referente á criaturas abortivas, y de omitir todo lo demás, precisamente cuando se llega al punto culminante, casi físico, de la aplicación de los principios de personalidad al no concebido y al concebido y no nacido?

Hemos venido así á parar á la determinación de tres estados en relación con la capacidad de suceder: el del no concebido, el del concebido y no nacido, y el del nacido real y legalmente.

Del que no ha sido concebido ni llega á serlo nunca, no hay para qué ocuparnos. En ninguna relación jurídica puede corresponderle tomar parte, ni de ningún derecho ni deber se puede hablar con referencia suya. El no concebido sólo entra en discusión cuando, afectando dicha cualidad en cierto tiempo, llega después á la contraria; pero la determinación del momento en que la concepción ha de realizarse, para adquirir derechos á una herencia, hemos ya dicho anteriormente que corresponde al contenido de otro artículo.

Tampoco es necesario que nos detengamos á exponer la situación del que ha nacido ya, con las condiciones que la ley requiere. En el presente comentario hemos estudiado, en relación con este asunto, los principios generales de la capacidad, y la transformación histórica sufrida por los que rigieron en la antigua Roma, hasta llegar á las modernas concepciones, sin que necesitemos añadir ahora cosa alguna.

Resta el examen de la capacidad del concebido y no nacido; y aquí resulta de nuevo el poco acierto con que el art. 745 se ha redactado. «Son incapaces, dice, las criaturas abortivas.» Parece, pues, que *a sensu contrario*, sólo son capaces las criaturas no abortivas, pero criaturas al fin, y que, por lo tanto, no son capaces de heredar los simplemente concebidos. Pero afortunadamente, la dificultad es pequeña, porque, á cambio de la falta de expresión de este artículo, resultan perfectamente claros y

terminantes el 29, antes citado, y los que se consagran á dictar medidas respecto á la mujer que queda viuda estando en cinta.

Según el art. 29, «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables». El 959 hace indicación de derechos á la herencia que pueden y deben «desaparecer y disminuir por el nacimiento del póstumo». El 964, con mucha claridad también, dispone que la madre viuda sea alimentada á cargo de los bienes de la herencia, habida consideración á la parte que en ellos puede tener el póstumo, si naciere y fuere viable.» No cabe duda, pues, de los derechos que la ley concede al concebido; siempre, naturalmente, á reserva de que su nacimiento se realice con las debidas condiciones, y de que la personalidad se adquiera así de un modo definitivo.

La concepción no da derecho por sí sola; el feto carece de verdadera existencia jurídica, y puede llegar á no tenerla nunca. Por eso es incapaz de derechos y de obligaciones; no se le puede exigir nada, ni se ejercitan en su nombre derechos definidos. Pero desde muy antiguo, la ley viene tomando en consideración el hecho; si no se trata de una persona real, ni acaso de una forma de existencia, como supone algún autor, trátase de algo que en circunstancias ordinarias debe adquirir vida; algo que tiene ya su tránsito afirmado desde el no sér al sér; algo, en fin, que la sociedad está en la obligación de considerar como de su dominio mientras llega el momento de serlo verdaderamente. Así dijeron los romanos ya en muchos sitios de sus Códigos, en el *Digesto*, por ejemplo, *ley 26, de statu hominum:* «*Qui in utero sunt, in toto poene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.*»

Los derechos del póstumo, pienga Savigny, se establecieron por ficción. Al feto no se le reconoce clase alguna de capacidad actual, pero sí la futura; y para demostrar este reconocimiento anticipado, la ley acude en favor suyo de dos modos: protegiendo su futura vida con sanciones penales, y señalando desde luégo los derechos que habrán de corresponderle cuando nazca.

Ahora bien: estos derechos, dependientes de la condición d que *se adquiera un día* la personalidad completa, tienen dos mc dos de extinguirse, el de que no se nazca al fin, y el de que (nacimiento no vaya acompañado de las condiciones con que s le considera digno de producir efectos en derecho. Á esto ha qu

rido referirse el Código con la denominación de *criaturas abortivas*, que puede figurar en la primera línea de las frases desdichadas, y que hubiera dado lugar á dudas gravísimas si no se acierta á consignar la referencia que afortunadamente se hizo al artículo 30 del Código en el 745.

Según este precepto, sólo se reputa nacido al feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. El feto á quien falte alguna de estas condiciones es, indudablemente, la *criatura abortiva* de que en el art. 745 habla el Código. Pero, ¿qué quiere decir, primeramente, criatura, sino persona que se cría? ¿Cómo entiende el Código que esta circunstancia sea compatible con la de no tener figura humana el feto, ó con la de no llegar á desprenderse enteramente del seno de su madre? Y por otra parte, los seres á que se refiere el Código, ¿pueden llamarse criaturas y á la vez abortivas?

Este adjetivo *abortivas* con que se las califica (hijos aborti vos, decía también Viso, equivocándose en lo de abortivos y en lo de hijos), es de todo punto impropio. Abortar, según la definición de la Academia de la Lengua, es «malparir, parir antes de tiempo.» Aborto, según todos los autores de la ciencia médica que hemos consultado, y según jurisconsultos célebres que penetran también en este estudio, «es el alumbramiento que se verifica dentro de los seis primeros meses de embarazo»; en lo que se distingue del parto verdadero, que ocurre siempre con posterioridad. Faltaba sólo que el mismo Código civil hubiera de darnos la razón; y, efectivamente, su art. 965 dice así: «Se adquiere la certidumbre de que no tendrá lugar *el parto* en el hecho de haber ocurrido ya *el aborto*.» Es decir, que el aborto es el mal parto, el parto prematuro, y que criaturas abortivas, ó nacidas de aborto, no son criaturas, sino los seres incapaces de heredar á que, según su propia declaración, se quiso referir el Código.

Llamemos de todos modos criaturas abortivas, mientras la frase se reforma, á las que el Código considera como tales. Puede ocurrir:

1.° Que el concebido no llegue á nacer; por ejemplo, á causa de la muerte de su madre. En este caso, defraudadas ya las esperanzas de que nazca, únicas por las que se le pudo reconocer

algún derecho, éste queda extinguido enteramente; al mismo tiempo que toda discusión acerca de la capacidad.

2.° Que nazca muerto. «*Qui mortui nascuntur*—dijo ya el *Digesto, ley 129, de verborum significatione—neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerint.*» En efecto, la condición de la existencia falta también en este caso, lo mismo que faltaba en el indicado anteriormente. Aquella forma de existencia de la gestación se ha detenido, sin definirse por completo; la presunción de la futura vida se ha desvanecido; no es posible tampoco reconocer derecho alguno de personalidad, puesto que la necesaria participación social en que descansa ésta no ha existido.

3.° Que se nazca sin figura humana. Este punto, objeto de grandes discusiones desde muy antiguo, parece ya descartado por la ciencia. Los seres que *nascen de la mujer et non son figurados como hombres, asi como si ouiessen cabeza ó otros miembros de bestia,* han pasado ya á la categoría de personajes de leyenda; sin que en nuestro estudio debamos ocuparnos, á pesar de lo que el art. 30 sigue disponiendo, sino de criaturas que *han figura de home, magüer haya miembros sobejanos ó menguados,* lo cual no les *empesce para poder heredar los bienes de su padre, et de su madre, et de otros parientes.*

Y 4.° Que se nazca vivo y no se continúe en igual estado veinticuatro horas, enteramente desprendido del materno claustro.

Ya hacíamos, al comentar el art. 30, la suficiente indicación de nuestro juicio en este punto. Reconociendo la necesidad legal de fijar términos para la distinción entre el nacido y el no nacido, á fin de alejar peligros en la práctica, decíamos también que la doctrina del término de veinticuatro horas es poco acomodada al rigor científico; que expone á dar como viables á quienes realmente no lo son; y que sustrae de ese concepto á quienes pueden morir antes por causas de todo punto extrañas á las precisas condiciones de la vida.

Esta cuestión de la viabilidad de los nacidos es de las que más han agitado la curiosidad de médicos y jurisconsultos. Las opiniones sobre ella son numerosísimas también, y se enlazan con múltiples cuestiones de la ciencia médica que no debemos detallar aquí. Conviene saber, no obstante, que hay muchos au-

tores que refieren la viabilidad á la duración del embarazo, otros al tiempo que se vive después del nacimiento, y otros á la figura y á la constitución orgánica del recién nacido.

Savigny es de opinión que el que nace antes de los ciento ochenta días fijados como minimum de la gestación, no nace en realidad; y así lo creen también tan célebres jurisconsultos como Merlín, Troplong, Aubry et Rau, Pacifici-Mazzoni y muchos más. Ocurre desde luégo contra esta opinión el pensamiento de que, aun nacidos antes de ese plazo, puede, por misteriosas circunstancias, darse el caso de seguir viviendo en buenas condiciones; y ¿cómo habría de ser posible entonces que se negara la personalidad?

Piensan otros autores, por dicha causa y varias más, que la cuestión del término de la gestación es accesoria en este punto; y subordinan su criterio sobre la viabilidad á otras diversas circunstancias que pueden acompañar al nacimiento. Parten del supuesto de haber nacido con *vida*, es decir, con respiración, circulación de la sangre y otras condiciones que puede precisar la ciencia. Pero consideran al mismo tiempo necesaria la *vitalidad*, esto es, la aptitud para vivir, el conjunto de exigencias orgánicas para seguir viviendo, una vez nacido, según el orden de la naturaleza. El que *nace*, tiene *vida*, y disfruta de *vitalidad*, es por lo tanto, quien debe reputarse viable.

Lo difícil es saber qué debe entenderse por vitalidad; tan difícil que no ha podido hallarse ninguna regla medianamente práctica para resolver las dudas de cada distinto caso. En sentir de Duranton, basta con que el recién nacido tenga tal aspecto que no se piense al verlo en su cercana muerte. Para Marcadé, la cuestión depende de que el nacido tenga ó no constitución física bastante equilibrada para continuar viviendo. Demolombe añade que la vitalidad consiste en que se tenga ó no debidamente dispuestos los órganos esenciales de la vida. En fin, Borsari, abordando la solución con mucho miedo, y creyendo que se puede vivir largo período, aun con muy débil constitución y con enfer-

lad irremediable, como se puede vivir poco, minutos solante, en las mejores condiciones de organización, entiende que procede hacer definiciones en los Códigos, y que el italiano obrado con acierto declarando que, en caso de duda sobre la lidad, se considerará viables á todos los que nacen vivos.

De cualquier manera que se resuelva la cuestión, el fundamento de la incapacidad de suceder impuesta al no viable está en las mismas condiciones de la naturaleza. «Es una sombra que pasa y no deja señal» —dice Borsari; —¿á qué darle una herencia que es imposible que disfrute? En efecto, si los derechos sucesorios se conceden á título de la satisfacción de las necesidades, ¿qué necesidades va á tener aquel que viene al mundo sin condiciones para continuar viviendo?

No faltan, sin embargo, refutaciones y observaciones á esta creencia. El mismo Borsari se hace cargo de una objeción á su doctrina: la de que el recién nacido, supuesto que viva cierto tiempo, necesidades tiene durante él y medios pide, por lo tanto, para satisfacerlas. A este argumento contesta el ilustre tratadista sosteniendo que la sucesión no se puede dar para necesidades momentáneas; pero esta respuesta carece de seguridad. Porque, ¿dónde empieza y dónde acaba este carácter momentáneo? ¿No se podría considerar del mismo género la sucesión que se concede, sin protesta de ningún autor, al que muere en los primeros días, y aun en los primeros meses después del nacimiento? Por otra parte, ¿qué diferencia esencial hay, que deba producir efectos de derecho, entre las necesidades momentáneas y las permanentes?

Además, se puede hacer otra observación á Borsari: No se trata de las necesidades que hayan de satisfacerse con la herencia, porque, en este caso, habría que limitar á cada instante todo derecho sucesorio, en relación con las necesidades del que va á adquirirlo. Se trata de que se tenga ó no condiciones para recibir los bienes; el que se puedan disfrutar, ó que hayan de pasar después á poder de otros, es accesorio. Y, ¿por qué no ha de recibirlos el que no es viable y por qué no los ha de transmitir, una vez muerto, á quienes deban subsidiariamente hacerlos suyos?

Para concluir: el fundamento verdadero de la incapacidad está en lo mismo que nos ha servido en las anteriores páginas para estimarlo en cuanto al no nacido, y en cuanto al nac[illegible] muerto: en la falta de existencia. Razones profundísimas l originado la doctrina de que hay ciertas maneras de existen que se confunden con su completa negación. Estas maneras « las del que nace no viable, y por igual ficción con que se

derechos, en la esperanza de futura vida, al todavía no nacido, supónese que no tuvo existencia ni pudo participar de los derechos y de los deberes sociales el que careció de los indispensables requisitos señalados.

Lo dijo con una admirable precisión el *Fuero Juzgo: «Ca muchos omes suelen contender si el ninno que es nacido e muere ayna, si puede aver la buena de su padre. E a esta entencion queremos nos poner tal término. La razon de natura atal es que aquel que nasce non puede prender ninguna cosa en el mundo ante que si mesmo, que es fecho de teniebras. Doncas ¿en qual manera puede prender heredad sobre tierra qui non puede prender el empezamiento de la luz deste mundo? E qui non puede usar de los elementos de los quales era fecho, ¿cuemo podrá aver las cosas que nol dexaron veer? ¿E cuemo avra partida de las cosas de este mundo en su muerte qui lo deviera aver si visquies, e cuemo será contado en os bivos al qual fue mas allegada la muerte que la vida? E assi en medio de la luz es luego muerto y es entrado en las teniebras.» (Ley 18.ª, título II, libro IV.)*

*
* *

De la incapacidad de las asociaciones ó corporaciones no permitidas por la ley.—Tienen también incapacidad de suceder, en absoluto, las asociaciones y corporaciones no permitidas por la ley.

Apenas se lee este enunciado, salta á la vista su dificultad primera, si se recuerda lo que el art. 35 ha consignado acerca de este punto. Son personas jurídicas, dice: «las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley». ¿Cómo es, pues, que ahora se habla de asociaciones y Corporaciones, y nada se dice de la fundación? ¿Es que la fundación no necesita ser permitida por la ley? ¿Es que tienen derecho á suceder, lo mismo que las permitidas, las que no lo son?

Precisamente ninguna clase de personas jurídicas ha sido ca más merecedora y más necesitada que ésta de la intervención de los poderes públicos. El mismo Código viene á reconocerlo expresamente cuando en el art. 37 dice: «la capacidad de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan

creado ó reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y *la de las fundaciones por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuere necesario*».

¿Será entonces que las fundaciones no permitidas por la ley tienen capacidad para heredar? Aquí podríamos insistir en la razón, ya expuesta para otro caso análogo, de que, á falta de declaración expresa de la incapacidad, ésta debe creerse inexistente. Con tanta más razón podríamos invocar este argumento, cuanto que el art. 746, que establece afirmativamente la capacidad de las personas jurídicas, refiérela á lo preceptuado en el artículo 38, el cual se limita á disponer que pueden adquirir bienes de todas clases «conforme á las reglas de su constitución». ¿Basta, por tanto, que una fundación se halle autorizada para suceder, según las reglas que la constituyeron y aunque la ley no la reconozca? No podrá, al menos, negársenos que el Código abre campo al mantenimiento de este absurdo.

Afortunadamente, no era necesario que el Código dijera en este punto nada, para saber á qué atenernos respecto de la capacidad de asociaciones, corporaciones y fundaciones. Lo dice ya muy claramente el art. 35. La personalidad de las asociaciones de carácter público «empieza desde el instante mismo en que, con arreglo á derecho, hubiesen quedado válidamente constituídas». La personalidad de las de carácter particular desde que, con arreglo á la ley, la adquieren «propia, independiente de la de cada uno de sus asociados». En ambos casos, la concesión de la personalidad por parte de la ley es imprescindible. Con saber, como sabremos en seguida, la intervención que corresponde á los Poderes del Estado en la creación de personas jurídicas, la duda desaparece por completo. No se nos alcanza, sin embargo, qué clase de razones, si hubo alguna, determinaron al legislador á prescindir de las fundaciones, en el segundo número del artículo que estamos estudiando.

No habremos ahora de ocuparnos detenidamente de las condiciones de fondo que dan margen á la personalidad jurídica, q ya nos merecieron, en su lugar correspondiente, observacio espaciosas. Importa, no obstante, para completar lo dicho tonces, y para justificar los comentarios del artículo que á c tinuación se encuentra, hacer indicación de lo que ha sido y

lo que es la intervención del poder público en el reconocimiento de la personalidad jurídica, moral, social ó colectiva.

El hombre lleva en sí el signo y el título visible de su capacidad, como dice Mazzoni; la persona jurídica no tiene más signo de su capacidad que el fin para que fué creada. El hombre tiene marcados por la naturaleza sus condiciones y su fin; la persona jurídica no debe nada, en cambio, á la naturaleza. Al hombre se le conoce, se le ve; en cuanto tal hombre, es algo físico que vive del espacio y que se desenvuelve necesariamente en él; la persona jurídica no vive sino en la imaginación, y no tiene actividad ni fines propios sino como resultado de una labor intelectual, sólo permitida en grados superiores de cultura.

Roma tardó mucho tiempo en comprender esta abstracción, que da existencia independiente á las personas jurídicas. Poco á poco tuvieron que ser reconocidas para ciertos actos, pero hasta los últimos tiempos del Imperio no disfrutaron de verdadera personalidad. Ya fué muy tarde cuando se les permitió heredar *ab-intestato* de sus manumitidos; tiempo después pudieron recibir la herencia *ab-intestato* de sus mismos miembros, y hasta el año 469 no se les reconoció la facultad de ser instituidos herederos en los testamentos. Todas esas personas figuraban en el número de las inciertas, según las leyes y las opiniones de los jurisconsultos, y aun Justiniano no llegó á percibir con toda claridad la personalidad propia que les corresponde.

En todo caso, la persona jurídica se justifica sólo por un fin que las personas naturales no pueden realizar, ya sea en absoluto, ya sea sólo relativamente; y, aparte de otros diversos caracteres de que debemos prescindir aquí, su fin únicamente les da vida. En consecuencia, si el fin no es ventajoso para la sociedad, si ataca en una ú otra forma los intereses de ésta, su creación carece de fundamento. La voluntad del hombre se conoce en lo que hace; la de la persona jurídica sólo se puede conocer en lo que se propone. La represión en contra del primero, por lo tanto, ha de ser siempre *a posteriori*, pero la represión de la se- g a puede y debe ser anticipada. Así se justifica la interven- ci nstante del legislador en este asunto.

ra bien: ¿cuáles son las personas jurídicas reconocidas p ley?

ablemos de las Corporaciones verdaderamente tales, que,

ó viven por sí mismas, aun contra la ley, por necesidades invencibles, como el Municipio, ó que sólo por mandato de la misma ley nacen y se desarrollan, como las Diputaciones provinciales.

Otras entidades que llaman también Corporaciones los autores, habremos de comprenderlas en la denominación general de asociaciones, entre otras causas, por la imposibilidad de distinguir científica ni prácticamente ambos conceptos.

Las asociaciones contra derecho están ya prohibidas en la *ley 4.ª, tít. III, Part. 6.ª*: «*Otrosi, non puede ser establescido por heredero ninguna cofradia, nin ayuntamiento que fuesse fecho contra derecho o contra voluntad del Rey o del Principe de la tierra.*» Muchas leyes particulares, y especialmente las que pasaron á la Nueva y á la Novísima Recopilación, contienen datos curiosos y firmes enseñanzas sobre la intervención de los legisladores en punto á sociedades.

Una ley del reinado de *Don Juan I, en 1390*, ocúpase de ayuntamientos y ligas que se hacen «*contra qualesquier personas, en general contra cualesquier que contra ellos fueren ó quisieren ser; y como quier que hacen los dichos ayuntamientos y ligas so color de bien y guarda de su derecho y por mejor cumplir nuestro servicio; pero por quanto, segun por experiencia conoscemos, estas ligas y ayuntamientos se hacen muchas veces no á buena intencion y de ellas se siguen escándalos, discordias y enemistades...*»

Don Enrique IV, en 1462, dispuso que «*los Obispos y Abades ó otras qualesquier personas eclesiásticas no sean osados de aquí adelante de escandalizar las ciudades y villas y lugares de los nuestros Reinos, ni se muestren de bando ni parcialidad, ni hagan ligas ni monipodios*»

El mismo Rey, y en el mismo año, se hizo también cargo del curiosísimo hecho de que «*muchas personas de malos deseos, deseando hacer daño á sus vecinos ó por executar la malquerencia que contra algunos tienen, juntan cofradías, y para colorar su mal propósito toman advocacion y apellido de algun Santo ó Santa, y llegan así otras muchas personas conformes á ellos en los deseos y hacen sus ligas y juramentos p[illegible] se ayudar.*»

Los Reyes Católicos, en 1493, hubieron de impedir las [illegible]o-nes de personas que se unían al Juez eclesiástico «*para [illegible]ir*

á las nuestras Justicias los presos que se llevan á las cárceles, ó á justiciar después de ya sentenciados.»

Del mismo modo, tuvieron que mandar, por otra ley de dicho año, que «*los Regidores ni caballeros de nuestros Reinos no tengan por allegados á ningunos vecinos ni moradores... para que les acudan en sus cuestiones y diferencias que unos con otros tuvieren.*»

En 1501, y en vista de los abusos que se cometian en tierras de Galicia, Asturias, Vizcaya y lugares de la costa cantábrica, se hubo de disponer que no hubiera «*parentelas ni parcialidades, por via de bandos ni parcialidades ni otro apellido, ni quadrilla por via de bandos... ni acudirán á caballeros ni á escuderos ni á ciudades ni villas por llamamiento ni por juntamiento, ni tengan cofradías... ni vayan por bandos á bodas, ni á misas nuevas, ni mortuorios de los dichos linajes y bandos...*»

Otra importante prohibición dictaron los Reyes Católicos. «*Algunos recaudadores mayores y menores en la nuestra Corte y fuera della, y otras personas facen fraudes y ligas para que nuestras rentas no se arrienden...*»

En 1552, Carlos I dispone que «*no haya en adelante cofradías de oficiales y que á título de los tales oficios no se puedan ayuntar ni hacer cabildo ni ayuntamiento...*»

Felipe II, en 1560, prohíbe las reuniones eclesiásticas que se celebraban en Galicia con motivo de la toma de posesión de beneficios eclesiásticos: «*... que ansimismo se entran en las Iglesias, y las encastillan y cierran, y están con gente armada y con sus valedores en ellas, y comen y duermen, y están con gran indecencia é indignidad.*»

Y en 1566 dice: «*Acaesce que por defraudar nuestras Rentas muchas pesonas se conciertan entre sí haciendo liga y monopolio de no vender ni contratar aquellas cosas que son de su trato, si no es haciéndoles nuestros recaudadores las baxas que ellos quieren de los derechos que por razon de dichos tratos deben.*»

...ueban patentemente las citas legales anteriores que ha ...uo históricamente múltiples motivos para que la mano del ...lador se haya sobrepuesto á la creación y al ejercicio de ...as Sociedades. Lo único lamentable en esta manifesta- ... Poder público es que, durante tantos siglos, haya obe-

decido exclusivamente á la arbitrariedad. No sólo en ocasiones como las que quedan anotadas, de grave mal político, ó jurídico, ó social; sino en muchísimas exentas de perjuicios, pesó sobre las asociaciones el capricho ó la parcialidad de los Monarcas.

La vida de las asociaciones, por no haberse perfeccionado su noción jurídica hasta los tiempos mismos que corremos, ha carecido de principios, de dirección y de positivo desarrollo. Absorbida siempre en la política, pendientes en todo momento del beneplácito, reflexivo ó inconsciente de las autoridades, han tardado en dar fruto y en constituir vivo elemento de prosperidad. Las disposiciones del Poder se ejercitaban sobre las asociaciones caprichosamente, lo mismo cuando podían realizar el mal que cuando tendían positivamente al bien.

Dificultad tan grave subsistió en nuestra patria hasta el decreto de 20 de Noviembre de 1868, primer paso, y paso de gigante, para el estado actual de la cuestión. Tan grande ha sido el cambio, y tan rápido desde aquel decreto, que no debemos sustraernos á la tentación de reproducir algunas líneas de las que le sirvieron de preámbulo:

«El principio de asociación debe constituir de hoy en adelante » parte de nuestro derecho político. De todo en todo olvidado por » el antiguo sistema, casi en absoluto desconocido, y por lo demás » severa y recelosamente vigilado por el régimen pseudo-consti- » tucional en que hasta la época de la Revolución hemos vivido, » bien puede afirmarse que el principio de asociación carece de » precedentes en la historia jurídica de nuestro país, como no » quieran suponerse hijas de él aquellas antiguas y grandes aso- » ciaciones que, nacidas por un favor del Estado, fueron auxi- » liares poderosos sí, pero también, y acaso con más frecuencia, » obstáculo y peligro para el Poder mismo que las creara.

....

» Hemos llegado ya, en efecto, á un tiempo en que la vida so- » cial es tan grande y tan varia, que á nadie es dado resumirla sin » manifiesto peligro de dañarla y oprimirla. El Estado tiene siem- » pre grandes fines que llenar: á la Iglesia esperan todavía ... » ravillosos destinos; pero ni el Estado ni la Iglesia pueden ... » tender, ni les sería dado en todo caso alcanzar á mantener ... » su antigua situación, es decir, como las dos únicas forma ...

»ciales, posibles y legales, de la vida y de la historia. Otras ne»cesidades han aparecido á su vez: otros movimientos sociales »surgen de día en día que no pueden ser sometidos, sin dolo»rosa violencia, á la representación de las asociaciones primiti»vas é históricas; nuevos organismos creados por la acción »espontánea de una sociedad que progresa... acuden constante»mente pidiendo plaza y derecho; y el Gobierno Provisional de »la Nación, que se inspira, ante todo, con cuidado en el genio de »su país y de la Revolución que le ha dado origen, no tiene el »derecho ni la voluntad de negárselos.

»La enseñanza pública... la Beneficencia... la caridad mis»ma... todo esto es lo que las asociaciones libres están llamadas á »desenvolver en una escala apenas conocida...»

Después de este decreto, vino la Constitución de 1869 á completar la obra, diciendo en su art. 17 que ningún español podía ser privado «*del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios á la moral pública*». Las únicas limitaciones del principio, establecidas en el art. 19, fueron la de incurrir los individuos de la asociación en delitos por medio de ella, y la de que su objeto ó sus medios pudieran comprometer la seguridad del Estado.—La Constitución vigente ha reconocido también este derecho en el art. 13, permitiendo «*asociarse para todos los fines de la vida humana*», con la limitación (artículo 17) de que la seguridad del Estado exija la suspensión de esta facultad por cierto tiempo.

El abuso del derecho de asociación, sobre todo con fines políticos, ha dado lugar en varias épocas á quejas del Poder y á inevitables restricciones. Por el art. 1.° del decreto de 10 de Enero de 1874 quedaron disueltas todas las sociedades en que de palabra ú obra «*se conspire contra la seguridad pública, contra los altos y sagrados intereses de la patria, contra la integridad del territorio español y contra el Poder constituído.*» Y la circular de 4 de Febrero de 1875, dolida del mal uso de la facultad de asociación, hablaba en estos términos: «*Cuando la sociedad está enferma necesita, como el individuo, la privación y la quie-*
, y no es posible ni lícito á los ciudadanos de un país devo-
o por la guerra y castigado por el espectáculo diario de su
pia muerte, vivir la vida de los pueblos libres, ni respirar
tmósfera de todos los derechos.»

Rige hoy en esta materia la ley de Asociaciones de *30 de Junio de 1887*, que hemos publicado como apéndice de nuestro primer tomo. Según ella, las asociaciones son de cuatro clases; y en el género y fines de las mismas se basan las disposiciones á que se ajusta su ejercicio.

Figuran en la primera clase las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, ó cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro ó la ganancia; y por otra parte, los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato, y las cooperativas de producción, de crédito ó de consumo.

Ninguna de estas sociedades se puede considerar constituída, ni existe, por lo tanto, sino después de puestos en conocimiento de la Autoridad gubernativa sus estatutos, reglamentos, etc. Ninguna tampoco puede ser autorizada si trata de cometer, ó si comete, cualquiera de los delitos previstos en el Código penal. En tanto, pues, se consideran permitidas por la ley estas sociedades en cuanto no se rozan con las esferas del delito, y en cuanto se han organizado con autorización gubernativa previa.

La segunda clase de asociaciones son las de la religión católica, autorizadas en España por el Concordato. Sabidas son las vicisitudes que durante el siglo actual han padecido las comunidades y las Corporaciones eclesiásticas, y sabido es también que, por el Concordato de 1851, quedaron en su mayor parte autorizadas nuevamente, como lo fueron en su totalidad después por la Constitución de 1869 y por la de 1876. Las autorizadas por el Concordato viven sin necesidad del conocimiento ni de la aprobación de la Autoridad gubernativa; todas las demás, dados los términos del art. 1.° y del tercer párrafo del art. 2.° de la ley de Asociaciones, necesitan, para estimarse *permitidas*, haber cumplido las obligaciones impuestas gubernativamente al tiempo de su constitución. Este punto merece que llamemos muy particularmente la atención sobre él, especialmente á los efectos de la práctica del foro, por si ocurriera alguna adquisición de bienes á favor de comunidades religiosas que hayan debido cumplir este deber, y que no le cumplieran, sin bargo.

El tercer grupo de asociaciones abarca todas las de carác civil ó mercantil que por ningún concepto pertenezcan á la

mera clase. En éstas no se necesita autorización gubernativa alguna para la capacidad; se consideran *permitidas* por la ley en tanto cuanto se hayan atenido á la legislación civil que las regula. Las verdaderamente civiles, por consecuencia, «deben tener un objeto lícito y establecerse en interés de los socios», como únicas condiciones de su personalidad (art 1.666); aparte lo de haberse de otorgar escritura pública cuando se aporten á la sociedad bienes inmuebles ó derechos reales (art. 1.667). Las asociaciones mercantiles, sujetas en todo tiempo á más solemnidades, y objeto muchas veces de una excesiva intervención del Poder público, han llegado desde la ley *11-19 de Octubre de 1869* á un grado de libertad que casi las iguala á las civiles.

A tres principios se reducen todos los que regulan la vida de estas sociedades, según el Código de comercio vigente: «libertad amplia en los asociados para constituirse como tengan por conveniente; ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas, y publicidad de los actos sociales que pueden interesar á tercero.» La personalidad jurídica de las asociaciones mercantiles empieza, pues, desde que la voluntad de los sócios las constituyen, sin perjuicio de la necesidad de consignarse en escritura pública su constitución para los efectos con relación á terceros. Y sin perjuicio también de las limitaciones que el legislador ha creído todavía necesarias en ciertas sociedades, de que separada y detalladamente se ocupa el Código de Comercio, en razón del carácter público de sus operaciones.

Por último, otra clase de asociaciones son aquellas que existen ó funcionan en virtud de leyes especiales. Las Universidades, las Academias, los Establecimientos públicos de beneficencia, entran á formar parte de este grupo. En el mero hecho de que existen por creación de la ley misma, ó tienen señaladas por ésta sus funciones, se entiende que pertenecen á las *permitidas*, sin necesidad de que se cumplan los requisitos generales de la legislación de asociaciones.

Resta observar únicamente que en toda esta materia rige el artículo 198 del Código penal, que determina especialmente lo que ha de entenderse por asociación ilícita:

«Las que por su objeto ó circunstancias sean contrarias á la moral pública.

2.° Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en el Código.

No sólo, pues, por la razón de delito, sino por la de moralidad, de que podríamos hacer extenso estudio si no necesitáramos imponernos límites, pueden ser prohibidas y carecer de personalidad las asociaciones.

El último punto á que necesitamos referirnos es el de las fundaciones permitidas por la ley. En materia de fundaciones caben infinitas formas, infinitos pensamientos, que sería imposible reducir á clasificaciones medianamente exactas. Es, sin embargo, su principal carácter el de tener un fin benéfico, físico ó intelectual, y en este sentido, todas tienen una manifestación en que la sociedad debe intervenir. Distintas son las reglas de esta intervención, según que las fundaciones sean públicas ó particulares, ó afecten formas mixtas; pero, faltar, no falta nunca. «El Gobierno tiene la alta inspección de las fundaciones particulares en interés de las colectividades indeterminadas que no pueden excusar su representación porque no caben en el reducido cuadro de la familia; y nada tan análogo en el fondo como la beneficencia particular y la pública, siquiera sus calificativos parezcan antitéticos.» *(Instrucción de 27 de Abril de 1875*, proemio.) El artículo 32 de esta Instrucción obliga á los representantes de las fundaciones á presentar los títulos de fundación y propiedad; á llevar la contabilidad y rendirla de cierta manera y á obrar también constantemente bajo la inspección y dirección de las autoridades. ¿Qué mayor prueba de que no todas las fundaciones pueden ser permitidas por la ley y de que la omisión del artículo 745 es inexcusable?

Se dirá que la fundación vive por sí, por su fin propio, á nombre de él y sólo para él. Pero tampoco se podrá negar que el fin podría no ser lícito: como si se le ocurriera, por ejemplo, á un fundador disponer de sus bienes para dotar mujeres con miras deshonestas. ¿Cabe dudar que no ha de autorizarse entonces el ejercicio de la fundación, que no ha de concedérsela personalidad, y que, aunque el Código calle, tampoco se ha de permitir que herede? Para nosotros, esto resulta indiscutible.

Hemos examinado cuáles son las personas jurídicas que la ley permite y que tienen capacidad de suceder. El modo á q

se somete el ejercicio de ésta le trataremos con separación en el artículo siguiente, al que por completo corresponde.

* * *

Para terminar este comentario, expondremos sumariamente dos cuestiones que se relacionan con la capacidad de suceder de las personas jurídicas (asociaciones, Corporaciones).

Constituída legalmente determinada asociación, é incurriendo con posterioridad en un delito, ¿podrá, no obstante, adquirir hereditariamente bienes hasta el momento de su disolución definitiva? En los que haya adquirido con anterioridad al acto ilícito, ninguna duda cabe; en cambio, caben numerosas en cuanto á los posteriormente recibidos. Sin ahondar mucho en la cuestión, nos inclinamos á creer que, desde que el delito se realiza, la personalidad se extingue, aunque la autoridad judicial no haya decretado todavía la suspensión de sus funciones; y que toda adquisición de bienes hecha con posterioridad es nula, en cuanto á los miembros de la asociación; habiéndose naturalmente de esperar, en todo caso, el resultado del proceso, y retrotrayéndose los efectos de la sentencia al tiempo en que el delito se cometió.

Y ¿qué sucederá cuando constituída una asociación para determinado fin, ejerza otro distinto, en el supuesto de ser lícitos los dos? ¿Podrá considerarse incapacitada civilmente? En realidad, el fin es esencial en toda asociación; y de consentirse civilmente que se sustituya, sin autorización gubernativa, puede llegar el caso de que una sociedad sea instituída en testamento bajo un concepto equivocado de la misión que cumple. Pero la intervención que se concede á la autoridad gubernativa y á la judicial, en la indicada ley de asociaciones, no llega al punto de impedir el funcionamiento de ninguna de ellas por modificaciones de su fin, si el nuevamente perseguido no corresponde á las sanciones del Código penal: aparte de que sería una excesiva facultad en los particulares la de poder entrar en discusión consemente sobre la escrupulosidad más ó menos grande con cada asociación se ajusta á sus respectivos estatutos. Salvo, tanto, el caso de que una institución hereditaria se haga con ignación de causa en los términos previstos por el art. 767,

pensamos que en nada se altera la capacidad de suceder de una asociación porque se ajuste con mayor ó menor exactitud al fin para que gubernativamente fué autorizada, siempre, claro está, que esa mayor amplitud de su fin se ciña al derecho en los dominios propios de lo lícito y lo moral.

ART. 746. Las Iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas, pueden adquirir por testamento, con sujeción á lo dispuesto en el art. 38.

Concordancias.—Igual al art. 743 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—Por lo que respecta á las Diputaciones provinciales, Ayuntamientos y Establecimientos de beneficencia é Instrucción pública, véase el comentario del artículo 38 *(tomo I)*.

Por lo relativo á la capacidad de la Iglesia:

Ley de 11 de Octubre de 1820.—Art. 15. Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de *manos muertas*, no puedan desde ahora en adelante adquirir algunos bienes raíces ó inmuebles en provincia alguna de la Monarquía, ni por testamento ni por donación, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicación en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso.

Concordato de 1851, celebrado entre Su Santidad el S. Pontífice Pío IX y S. M. C. Doña Isabel II, Reina de las

pañas.—Art. 41. Además, la Iglesia tendrá el derecho de adquirir por cualquier título legítimo, y su propiedad, en todo lo que posea ahora ó adquiera en adelante, será solemnemente respetada. Por consiguiente, en cuanto á las antiguas y nuevas fundaciones eclesiásticas, no podrá hacerse ninguna supresión ó unión sin la intervención de la autoridad de la Santa Sede, salvas las facultades que competen á los Obispos, según el Santo Concilio de Trento.

Ley de 1.° de Mayo de 1855.—Art. 26. Los bienes donados y legados, ó que se donen y leguen en lo sucesivo á manos muertas, y que éstas pudieren aceptar con arreglo á las leyes, serán puestos en venta ó redención, según dispone la presente, tan luego como sean declarados propios de cualquiera de las Corporaciones comprendidas en el art. 1.°

Convenio con la Santa Sede, de 25 de Agosto de 1859, mandado publicar y observar como ley por la de 4 de Abril de 1860. Art. 3.° Primeramente, el Gobierno de S. M. reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitación ni reserva toda especie de bienes y valores, quedando, en consecuencia, derogada por este convenio cualquiera disposición que le sea contraria, y señaladamente y en cuanto se le oponga, la ley de 1.° de Mayo de 1855.

Los bienes que en virtud de este derecho adquiera y posea en adelante la Iglesia no se computarán en la dotación que le está asignada por el Concordato.

Art. 4.° En virtud del mismo derecho, el Gobierno de S. M. reconoce á la Iglesia como propietaria absoluta de todos y cada uno de los bienes que le fueron devueltos por el Concordato. Pero habida consideración al estado de deterioro de la mayor parte de los que aún no han sido enajenados, á su difícil administración y á los varios, contradictorios é inexactos cómputos de su valor en renta, circunstancias todas que han hecho hasta ahora la dotación del clero incierta y aun incóngrua, el Gobierno de S. M. ha propuesto á la Santa Sede una permutación, dándose á los Obispos la facultad de determinar, de acuerdo con sus Cabildos, el precio de los bienes de la Iglesia situados en sus respectivas diócesis, y ofreciendo aquél en cambio de todos ellos, mediante su cesión hecha al Estado, tantas inscripciones in-

transferibles de papel del 3 por 100 de la Deuda pública consolidada de España, cuantas sean necesarias para cubrir el total valor de dichos bienes.

COMENTARIO.—I. *Consideraciones generales acerca de la redacción dada al artículo.*—En la primera edición del Código, este artículo se hallaba redactado del siguiente modo: «Las Iglesias y Cabildos eclesiásticos, las Diputaciones y provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los Establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública y, en general, las Asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley como personas jurídicas, pueden adquirir por testamento, pero sometiéndose en la forma y condiciones á lo que determinan las leyes.» Donde decía las «Diputaciones y provincias», se dice ahora «las Diputaciones provinciales y las provincias». Donde se decía: «y en general, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley como personas jurídicas», se dice «las asociaciones... y las demás personas jurídicas». Y, por último, donde decía «pero sometiéndose en la forma y condiciones á lo que determinan las leyes», se expresa «con sujeción á lo dispuesto en el art. 38».

¿A qué obedecieron estas enmiendas? La Comisión de Códigos, en su comunicación de 30 de Junio de 1889 al Ministerio de Gracia y Justicia, se expresaba así: «Fuera de las enmiendas y adiciones que quedan indicadas (entre las cuales no figuran las del art. 746), nada más ha tenido que hacer la Sección sino algunas correcciones de estilo, ó de erratas de imprenta ó de copia, cometidas en la primera edición del Código». Añade luégo que «sus diferencias son tan poco importantes y sus motivos tan evidentes, que no es necesario llamar la atención sobre ellas».

La primera de las correcciones hechas en este artículo, la de las Diputaciones provinciales, está efectivamente justificada por error. En cambio, por muy evidentes que hayan parecido los motivos á la Comisión de Códigos, no se nos alcanza cuáles fueran los que produjeron las otras correcciones.

Tenía la primitiva redacción el inconveniente de que, al blar de asociaciones reconocidas por la ley, omitía la mención las Corporaciones y de las fundaciones; y este error ha sido tamente remediado, refiriéndose genéricamente á las demás

sonas jurídicas. En cambio, se habla ahora de asociaciones reconocidas por la ley y *de otras personas jurídicas*. La consecuencia natural es que hay asociaciones no permitidas por la ley que pueden heredar; ó que, en general, pueden hacerlo todas las personas jurídicas, no siendo las asociaciones, aunque la ley no las reconozca ni autorice. Afortunadamente, ya hemos visto cuál es el alcance del art. 745, al que éste se subordina por completo; pero cuando de correcciones de estilo se trataba, no debió pasar inadvertida ésta.

La modificación de la última frase sólo puede haber dependido de que se habló primeramente, en general, de leyes á que se sujetaría la adquisición por testamento de las personas jurídicas; cuando no sólo leyes, sino también reglas y estatutos particulares presiden la materia. Pero de la nueva redacción dedúcese el mismo inconveniente en sentido contrario, puesto que se preceptúa que se podrá adquirir con sujeción á lo dispuesto en el art. 38; y éste no dispone nada sino con referencia al texto que debe servir en cada caso. Para limitarse á un cambio de inconvenientes, sin ventaja alguna nueva, no valía la pena de haber corregido la primera redacción del Código.

***

II. *Indicaciones históricas acerca de la capacidad de las manos muertas para adquirir por herencia.—Desamortización.* Al comentar el art. 38, hicimos ya sobre el contenido del 746, en cuanto á la capacidad en general, extensa indicación. Debemos ahora completarla, sin daño y con la menor repetición de lo que allí dijimos, para la explicación de la capacidad hereditaria de las personas jurídicas. Con esta materia se relacionan toda la doctrina y todos los antecedentes de la tarea desamortizadora llevada á cabo en nuestro siglo. Ninguna de estas cosas nos merecerá, no obstante, gran detenimiento, por lo excesivamente conocidas que son para la generalidad, y por haber ya casi desaparecido las múltiples cuestiones, complicadas y graves, de di-
. ó imposible solución alguna, que han sido objeto de la prin-
l ocupación forense durante muchos años.

Con preferencia á todos los trabajos jurídicos acerca de la
ciedad colectiva, hemos de remitirnos desde luégo, para com-

prender las causas y los movimientos de la amortización y de la desamortización, á la obra célebre del Sr. Azcárate, ya muchas veces enaltecida por nosotros, *Historia del derecho de propiedad*. En ella se verán cuántos accidentes y transformaciones de la sociedad civil fué produciendo poco á poco la acumulación de la propiedad inmueble. Quizá consista esto, en contra de las opiniones del sabio autor citado, en que la propiedad tiende por sí sola, abandonada á sus particulares movimientos, á hacerse colectiva, como lo fué desde el primer momento en todas las antiguas sociedades.

Pero la acumulación á que hemos hecho referencia, aun pudiendo y debiendo producir los beneficios del dominio en común, por muchos explotado y por uno solo, hombre ó entidad, movido y dirigido, vino con el tiempo á ser sencillamente una exageración de la propiedad individual, en que correspondieron á los dueños todos los derechos y todos los beneficios, y sólo deberes y gravámenes al resto de las gentes. Llegaron pueblos enteros á estar en el dominio de una persona sola, natural ó jurídica; y lejos de inspirarse en las necesidades de sus habitantes y de procurar para ellos un relativo bienestar, ocurrió comúnmente que la masa de la propiedad sólo sirvió como posición de guerra, desde donde se luchaba con los de enfrente y se dominaba y tiranizaba á los de abajo.

La propiedad se había acumulado de dos modos: primero, por la perpetuidad de las personas, que produjo la correspondiente de las adquisiciones; segundo, por la perpetuidad de unión impuesta á ciertos bienes, en virtud de disposiciones de los propietarios. Sólo de lo primero nos ocuparemos por ahora, como correspondiente á la materia de este artículo. Las personas jurídicas, la Iglesia, el Estado, los Municipios, las Universidades, los Hospitales y Hospicios, habían ido adquiriendo muchos bienes; satisfechas con ellos sus necesidades, no precisando nunca enajenarlos, ni siendo posible la transmisión mediante herencia, por la perpetuidad del organismo propietario, aquellos bienes quedaban para siempre adscritos á la dominación. De este estancamiento de sus propiedades vino el llamar á e personas *manos muertas*, *amortización* al hecho, y *desame zación* después á los remedios con que se le puso coto.

«La amortización de la propiedad oprime á España con

pesado yugo (dijo á las Cortes en su notable dictamen la Comisión nombrada para informar sobre el proyecto de ley general desamortizadora) desde los primeros tiempos de la Monarquía goda.» Y después de reseñar varias de las vicisitudes que fueron dando origen á la acumulación de propiedades, se expresa en estos términos: «Así, aumentando fuera de razón el influjo de la parte menos ilustrada y concienzuda del clero, multiplicáronse con exceso las mandas y donaciones á la Iglesia, las fundaciones de aniversarios, obras pías, y de hermandades y cofradías; por manera que entre bienes amayorazgados, desde los del grande opulento que rivalizaba en riquezas con la Corona, hasta los del hidalgo mísero cuya renta no bastaba á sufragar los gastos de su eremítica mesa, y propiedades del clero secular y regular y fundaciones llamadas piadosas, la mayor parte de la vasta superficie que se extiende entre ambos mares, y de las faldas del Pirineo á las columnas de Hércules llegó á ser propiedad de *manos muertas*, denominación gráfica que dice más ella sola de lo que la Comisión pudiera en un largo discurso.»

Ello fué que el odio á la amortización creció de día en día, que se expusieron infinitas quejas, unas veces contra la civil, otras contra la eclesiástica; que se llegó á ver inconvenientes graves de la situación en el orden político, en el económico y en el puramente jurídico; que alzaron su voz los procuradores de las Cortes, los pensadores y los publicistas; que poco á poco se preparó el terreno por medidas particulares, algunas encajadas ya en la historia de la Edad Media; que las Cortes de Cádiz, siguiendo el movimiento iniciado por entonces en todos los países, dieron principio á la obra con carácter general, y que las de 1820 pusiéronla por fin bandera en caballete.

La ley de 11 de Octubre de aquel año, prohibitoria de los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y demás vinculaciones, dispuso en sus artículos 15 y 16 que en adelante no pudieran adquirir bienes inmuebles de ningún género, ni por testamento, ni por donación, ni por ningún título lucrativo ú oneroso, así como tampoco capitales de censo impuestos sobre dichos bienes, ni gravamen ó tributo de cualquiera clase, «las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, enco-

miendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de «*manos muertas*».

Dado este primer paso, al que acompañaron con escasas diferencias de tiempo diversas enajenaciones de la propiedad amortizada, especialmente de la Iglesia, quedaba sólo, para completar el edificio, la venta general de bienes dispuesta en la ley de 1.° de Mayo de 1855. No había bastado con prohibir la adquisición futura de bienes raíces, sino que se necesitaba devolver á la circulación, según la frase consagrada, todos los que hasta entonces se habían poseído por las *manos muertas*. Entiéndase bien que, como dice Azcárate, la desamortización no consistía en apoderarse de lo ajeno sin compensación, sino en transformar la propiedad, abriendo nuevos elementos de vida á la industria patria, y que por esto, en el art. 25 y en el 26 de dicha ley se declaró que, en lo futuro, las *manos muertas* no poseerían bienes inmuebles, pero que podrían adquirirlos bajo la condición de venderlos inmediatamente.

«Conviene en primer lugar tener presente—dice la Comisión de Diputados en el informe á que nos hemos referido antes—que el Estado, según la ley, sólo vende en provecho propio aquellos bienes de que es hoy dueño en virtud de disposiciones anteriormente mencionadas y universalmente consentidas.»

«En cuanto á los demás bienes que se declaran en estado de venta, el principio de la ley es tan claro y equitativo como sencillo y de fácil aplicación.»

«Si la desamortización de la propiedad es de *utilidad pública* indisputablemente reconocida, nada más justo que variar la forma de la propiedad de las *manos muertas*, en beneficio común, mientras se conserven á los actuales *el capital y la renta*, para invertir ésta como á la índole de cada instituto mejor cuadre.»

«El clero, los propios, la beneficencia y la instrucción pública no pierden, pues, su propiedad; lo que se cambia es la forma de ésta, convirtiéndola en inscripciones intransferibles, cuya renta indudablemente superior con mucho en breve tiempo á las que hoy gozan, y cobrada por su propia mano, puesto que los cupones son admisibles á su vencimiento y como metálico en pago de contribuciones, será un recurso más pingüe, de más fá-

clara y moral administración que la de las fincas y censos que hoy poseen.»

«De ese modo, no sólo sin perjuicio, pero con positiva ventaja de todos, se estrecha el vínculo que enlaza al Estado con sus diferentes miembros; y el crédito público, hoy en España objeto de solicitud sólo para el Gobierno, y de especulación para un reducido número de individuos, llegará á ser considerado, cual conviene que lo sea, como el bien común, como el barómetro de la prosperidad del país.»

.....

«No hay, pues, despojo; la Nación usa de su derecho, de un derecho que todo el orbe civilizado reconoce y practica, haciendo que por causa de *utilidad pública*, evidente, varíe de forma la propiedad de manos muertas.»

En general, la situación del asunto no se ha alterado desde entonces, salvas las modificaciones que luégo indicaremos. Las manos muertas siguen siendo incapaces de poseer bienes inmuebles, excepto los que se determinaron en el art. 2.° de la ley de 1855, y los que, según sentencia del Supremo, que hemos insertado en el comentario del art. 38, sean indispensables para la realización del fin que se propone la persona jurídica. Siguen, pues, siendo capaces de recibir por testamento todo género de bienes, pero con la condición de haberse de invertir el producto en venta de los inmuebles, en las inscripciones nominativas intransferibles determinadas por la ley, que seguimos considerando vigente, no obstante las objeciones que desde las columnas del periódico profesional *La Reforma Legislativa* nos ha dirigido un escritor, quien para discutir prefiere emplear armas de ley tan dudosa como la de mutilar nuestro escritos, acomodándolos á su gusto.

* * *

III. *Iglesias y Cabildos eclesiásticos.*—Todos los resentimientos y quejas producidos por la amortización de la propiedad inmueble tuvieron siempre un foco principal en las adquisiciones de la Iglesia.

El Sr. Azcárate, que trata con extensión esta materia, y, sobre todo, con imparcialidad poco común, afirma sin vacilación alguna que la desamortización civil es una aplicación de los principios que determinaron la eclesiástica.

Desde que se reconoció á la Iglesia la personalidad, y desde que, por distintas leyes del Imperio romano, después de Constantino, se le facilitaron medios de adquirir bienes de toda clase, no ha cesado un momento en la historia la acción acumuladora de la Iglesia. Los cabildos eclesiásticos y las comunidades religiosas, sobre todo, tenían ya en la Edad Media tantas propiedades que no se desperdiciaba una ocasión de públicos clamores, de quejas á los Reyes y de advertencias á los ciudadanos. Hubieron de adoptarse muchas veces medidas legislativas importantes para contener la adquisición continua; pero ni se detuvo nunca el mal en su raíz, ni era posible detenerlo, dadas las circunstancias invariables del influjo de la Iglesia en el gobierno de los pueblos.

Correspondió la iniciativa de la resolución final al movimiento filosófico, económico y jurídico del pasado siglo. Apliquense á la propiedad eclesiástica las mismas consideraciones que hemos hecho sobre la civil; recuérdense los males de aquella situación llegada á extremos increibles; supóngase al fin la balanza inclinada por la argumentación de los políticos, de los jurisconsultos, de los filósofos, de los economistas y hasta de los mismos eclesiásticos, y se comprenderá que al cabo fué posible la transformación. Desde la creación de las nacionalidades no se ha visto un espectáculo tan uniforme, tan decidido en todas partes, fruto de convicción universal tan arraigada, como el de la desamortización de bienes de la Iglesia.

Discútese todavía si fué justo ó no este empeño; protestan aún los canonistas á diario de la necesidad de tener la Iglesia bienes para su sostén; estímase que en ella «la propiedad territorial es el medio más seguro de contar con bienes materiales de subsistencia, y un salvoconducto de independencia de parte de todo poder extraño;» y créese, por fin, al cabo de los tiempos, que la desamortización es obra de los enemigos de la Iglesia, que, para establecer su ley, «principian por apoderarse de los bienes eclesiásticos, quitar los diezmos y primicias, hacer reformas de grande transcendencia en la disciplina eclesiá· asalariar al clero, sujetándolo demasiado á la autoridad ten ral, y coartando las facultades de la Iglesia hasta un punt muy conforme con su libertad é independencia, con arreglo sagrados cánones.»

He aquí, en cambio, cuáles son, á juicio del Sr. Azcárate, los fundamentos en que se apoyó tan radical medida. «Las consideraciones, así racionales como históricas, de que se ha partido para desamortizar los bienes de la Iglesia son las siguientes: El derecho de propiedad es creación de la ley; el Estado tiene sobre todos los bienes aquel dominio eminente que en la época anterior se atribuían sobre ellos los monarcas; las personas sociales ó morales nacen, viven y mueren por virtud de la voluntad de aquél; el clero desapareció como institución de esta naturaleza en el orden social y en el político; las donaciones de que procedía en gran parte el extraordinario incremento del patrimonio eclesiástico, adolecían en muchos casos de vicios que venían á impurificarlas en su origen; las leyes de amortización habían puesto en todo tiempo trabas y límites á la adquisición de bienes por el clero, y en muchos casos había sido éste expropiado de ellos; por abdicación de la Iglesia misma ó por efecto de las corrientes históricas y de la acción del tiempo, había hecho aquélla dejación de muchas de las funciones sociales que antes ejerciera, y no tenían, por lo mismo, razón de ser los medios económicos que antes servían para el cumplimiento de aquéllas, esto es, á los intereses de la religión en el amplio sentido de la palabra; y, finalmente, la aglomeración de la propiedad en *manos muertas* tenía, bajo el punto de vista económico, todos los inconvenientes que en otro lugar quedan expuestos.»

Piense cada cual ahora lo que le parezca conveniente sobre unas y otras razones, y estudiemos la incapacidad de la Iglesia para adquirir bienes raíces.

Ya hemos dicho que, en muchas ocasiones y por muchos Reyes, se dictaron disposiciones prohibitorias de la facultad de adquirir bienes de ese género. Sin embargo: la primera prohibición grande, formal, de que debemos hacer mención concreta aquí, para evitar prolijidad en el trabajo, es la de la ley de *11 de Octubre de 1820*, cuyos artículos 25 y 26 quedan transcritos. Síguelas en orden cronológico la ley de *2 de Septiembre de 1841* que declaró en venta «todas las fincas, derechos y acciones del) catedral, colegial, parroquial, fábricas de las Iglesias y ıdias,» y el proyecto de Código civil de 1851, que se expresó ı siguiente forma (art. 608): «Todos los Cuerpos ó Asociacio- ·· se comprenden bajo la denominación de manos muertas,

no pueden adquirir *por testamento* bienes inmuebles de ninguna especie; para adquirir bienes muebles, les será necesaria autorización especial del Gobierno.»

Habíanse producido complicaciones infinitas desde el año 1820 entre la Iglesia y el Estado; se habían vendido bienes de los monasterios suprimidos, que fueron casi todos; y para la solución de las cuestiones pendientes por estos y otros mil motivos, celebróse el Concordato de 1851. «La Iglesia (dijose en el art. 41) tendrá el derecho de adquirir por cualquier título legítimo, y su propiedad en todo lo que posee ahora ó adquiriese en adelante será solemnemente respetada.»

No obstante este respeto, vino después la ley de *1.° de Mayo de 1855*, y declaró los bienes *del clero* en estado de venta, y en los artículos 25 y 26 prohibió á la Iglesia, en calidad de mano muerta, lo mismo que á todas las demás, la propiedad de predios rústicos y urbanos, censos y foros. «Por lo que respecta á lo procedente de los bienes del clero—decía el informe de las Cortes—*bienes que se venden en virtud de lo estipulado* con la corte de Roma en el art. 35 del último Concordato, y que, en sentir de la Comisión, tendría derecho el Estado á que mudasen de forma por causa de utilidad pública, aun cuando aquel artículo no existiese, se manda convertir como en el Concordato mismo se establece y conviene al bien del Estado.»

Pero ni el art. 35 del Concordato de 1851 había autorizado venta tan general, ni mucho menos se estaba de acuerdo con dicho Concordato en lo fundamental del derecho de adquisición de propiedad inmueble. Volvieron, en consecuencia, las negociaciones con la Santa Sede; y el Gobierno de S. M. C., «habida consideración á las lamentables vicisitudes por que habían pasado los bienes eclesiásticos en diversas épocas, y deseando asegurar á la Iglesia perpetuamente la pacífica posesión de sus bienes y derechos,» reconoció de nuevo y *formalmente* en el art. 3.° «el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitación ni reserva toda especie de bienes y valores, quedando, en consecuencia, derogada por este Convenio cualquiera disposición que le sea contraria, y señ damente y en cuanto se le oponga, la ley de 1.° de Mayo de 18

Así siguen las cosas desde entonces, sin que se recuerde i intervención legislativa que la del proyecto de ley que prese

á las Cortes en 1871 el Sr. Montero Ríos; en las palabras de cuyo preámbulo encuéntrase un comentario vigoroso de la situación, que no podemos tampoco resistir el impulso de copiar en su parte más interesante: «Inútil, pues, y más que inútil, perjudicial sería para la Iglesia reproducir en este proyecto de ley la facultad ilimitada que en el Concordato de 1851 y en el Convenio adicional de 1859 se le reconoció de adquirir la propiedad territorial. Si llegase un dia en que al amparo de esta facultad, la propiedad inmueble de la Iglesia, que por razón de sus condiciones no puede menos de ser amortizada, amenazase ó fuese un obstáculo al desarrollo de la riqueza pública y hasta un peligro para la existencia del Estado, los conflictos de otros tiempos volverian á surgir con la misma irresistible fuerza con que entonces se presentaron, sin que ni la letra de la ley ni la voluntad de los Gobiernos pudieran ser bastante poderosos para salvar aquella propiedad contra el fuerte empuje de la opinión. Para los que duden de la gran verdad que contienen estas frases, hay una demostración muda, pero elocuente. Á pesar de esta facultad, que data en su nueva época desde 1851, que no fué limitada en la ley de 1.° de Mayo de 1855, y que fué ratificada en el convenio adicional de 1859, la Iglesia no se consideró segura en estos veinte años, y se *abstuvo de colocar su propiedad al amparo de la ley civil*. No es una garantía bastante firme para ella esa libertad ilimitada que el Ministro que suscribe, siguiendo las corrientes, así de la opinión más radical en la política del país, como de la que se inspira en los intereses temporales del estado eclesiástico, pudiera presentar á las Cortes para que la dispensasen una nueva confirmación. Un deber de franca lealtad y su ardiente deseo de buscar una garantía verdaderamente sólida y eficaz para la Iglesia en el ejercicio de un derecho tan importante, le inspira el valor necesario para proponer á las Cortes la mencionada facultad, que sin esto no encerraría más que peligros para el porvenir de la Iglesia. Conviene á ésta grandemente que la sociedad civil tenga, de hoy para siempre, la plena
uridad de que sus intereses económicos no han de poder ser
ás comprometidos con la propiedad eclesiástica. Conviene á
glesia que, aun á costa de una parte de su derecho, se haga
osible en el porvenir la necesidad, ó siquiera la conveniencia
por parte de la ley civil, de atacar la propiedad eclesiástica,

Solamente de este modo podrá restablecer su patrimonio sin recelos ni temores procedentes de las terribles crisis por que ha pasado en otras épocas de su historia. Conviene, en fin, á la Iglesia armonizar sus intereses económicos con los generales del país, porque solamente así conseguirá la seguridad que necesita para ejercer los derechos que la ley le reconoce.»

Lo que para nostros ofrece alguna duda, aparte ya de esto, es la capacidad de suceder, como la general de adquirir, las comunidades monásticas. En el comentario del art. 38 hicimos observar que esta facultad no estaba clara, dado el precepto del decreto de 18 de Octubre de 1868.

Se habían dictado el Concordato de 1851 y el Convenio de 1859, reconociendo á la Iglesia la capacidad de adquirir; pero no debió, por lo visto, considerarse suficiente esta disposición en cuanto á las comunidades religiosas, ni se las debía comprender en el concepto genérico de Iglesia, cuando por actos legislativos se ha puesto en duda dicha facultad. Ni el Concordato ni el Convenio hicieron declaración expresa en este punto. El art. 2.º del Real decreto de 25 de Julio de 1868 no resolvía la dificultad tampoco, puesto que se limitaba á dejar á salvo, aunque sin concederlo expresamente, el derecho de las comunidades para adquirir y poseer bienes según las leyes de la Iglesia y los convenios celebrados con la Santa Sede. Y el decreto de 10 de Octubre de 1868, al suprimir los conventos establecidos después de 1837 y confiscar sus bienes, puso á lo menos en evidente olvido la facultad de poseer, si en realidad existía.

Por otra parte, en el preámbulo citado del Sr. Montero Ríos se habla del derecho, concedido por la Constitución á todo ciudadano, de asociarse para fines religiosos; se expone la conveniencia de conceder á las comunidades religiosas (concederles hoy, dice) los beneficios de la ley común; se da por supuesto que ninguna ley ni disposición del derecho escrito reconoce á estas asociaciones una perfecta personalidad jurídica y capacidad de derechos y obligaciones civiles; y se propone, finalmente, á las Cortes que, *al reconocer* la personalidad de las comunidades limite ésta, en cuanto á la propiedad territorial, á la adqu ción, conservación y transmisión del templo y de la casa hayan de ocupar, quedando toda otra adquisición necesitada privilegios especiales del Gobierno.

Así las cosas, dictadas múltiples disposiciones en que se reconoce facultad de adquirir bienes á las comunidades monásticas, y otras varias en que la facultad se pone en duda; vacilantes, por consecuencia, los autores sobre las disposiciones aplicables, y no habiéndose dado lugar á una resolución definitiva, por el cuidado que las comunidades ponen, desde hace muchos años, en adquirir los bienes indirectamente, para evitar peligros de confiscación, ha venido á publicarse el Código reconociendo en general la facultad, ó, por lo menos, no impidiéndola, y derogando al mismo tiempo toda disposición no concordada acerca de este asunto.

Debemos, pues, creer que las comunidades no carecen de la facultad de adquirir bienes; lo que sí creemos es que, á falta de disposición expresa de los Concordatos, y no pudiendo comprenderse en la palabra *Iglesia* las asociaciones para fines religiosos, su facultad de adquirir está sujeta á lo dispuesto en las leyes desamortizadoras, en cuanto á los inmuebles. Es decir, podrán adquirirlos, pero no poseerlos. En su consecuencia, habrán inmediatamente de venderse para su oportuna y necesaria conversión en inscripciones de la Deuda pública. Esto, como en el artículo anterior dimos á entender, cuando se trate de comunidades reconocidas por el Concordato; en cuanto á las demás, rige la ley general de asociaciones de 1887.

Un articulista que ha escrito acerca de este asunto, promueve y trata la cuestión de la personalidad de las asociaciones religiosas de otros cultos reconocidos por la ley fundamental. Pero ningún problema queda en esto, ni cabe que se dude de la capacidad de dicho género de asociaciones; no por la Constitución del Estado precisamente, ni por Real orden ni circular alguna de las que se mencionan, sino por el art. 2.°, núm. 1.° de la citada ley de asociaciones de 30 de Junio de 1887, que dice terminantemente así: «Las demás asociaciones religiosas (las no autorizadas por el Concordato) *se regirán por esta ley*, debiendo acomodarse, las no católicas, en sus actos á los límites señalados por el art. 11 de la Constitución del Estado.»

*
* *

7. Diputaciones provinciales y provincias, Ayuntamientos y municipios.—Nos remitimos también á lo ya expuesto como

comentario del art. 38, sobre la capacidad de estas personas jurídicas. Vimos allí las vicisitudes ocurridas desde la ley de 11 de Octubre de 1820; las disposiciones adoptadas por la de 1.° de Mayo de 1855, por la provincial de 23 de Septiembre de 1863 y por la municipal vigente de 2 de Octubre de 1877. Del contexto de todas estas leyes, y de las disposiciones que han venido con posterioridad á completarlas, dedujimos que es lícito á los Ayuntamientos y á las Diputaciones provinciales la adquisición de bienes inmuebles con aprobación superior, siempre que sea para el cumplimiento de los fines que atribuye la ley á tales Corporaciones. Nada tendríamos que añadir aquí, ni aun por la especialidad de la materia, á no hablar, como habla el art. 745, al mismo tiempo que de Ayuntamientos y Diputaciones, de Municipios y provincias

Parece, á primera vista, que siendo los Ayuntamientos y las Diputaciones provinciales representantes natos y únicos respectivamente de los Municipios y provincias, igual debe de ser la capacidad en aquéllos y en éstos. Pero las disposiciones de los artículos 37 y 38 del Código, que no se cuidó de consultar con detenimiento el redactor del 746, aun á pesar de haberse referido á ellos, ofrece motivos de duda bien notorios. Porque, según el art. 37, la capacidad de las Corporaciones se sujeta á las leyes que las crean ó que las reconocen, y por lo tanto, la de los Ayuntamientos y Diputaciones rígese por la legislación administrativa consagrada á ellos. Pero, según el art. 38, las demás personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases *conforme á las leyes y reglas de su constitución;* y ni la ley Municipal, ni la provincial, ni mucho menos las desamortizadoras, puede decirse que regulan la *constitución* de los Municipios y provincias. De donde á primera vista se deduce que los Ayuntamientos y Diputaciones, como Corporaciones creadas primero y reconocidas luégo por la ley, no pueden, con arreglo á ésta, adquirir bienes inmuebles por sí mismos sin autorización; pero que podrán hacerlo, en cambio, tratándose de los adquiridos en representación del Municipio ó de la provincia. Y ¿puede esto ser así?

Indudablemente no. Fuera de la inadvertencia en que e tículo ha incurrido al hablar de provincias y de Municipios, recordar lo referente á su personalidad jurídica especial,

una razón suprema para que los bienes adquiridos por estas entidades estén sujetos á iguales requisitos que los de los Ayuntamientos y Diputaciones: la alta inspección atribuída siempre al Poder público de la Nación en general sobre las determinaciones y los actos de las colectividades dependientes de ella. ¿Cómo sería posible que la inspección se ejercitara en unos casos y se abandonara en otros, cuando el fin es el mismo en todos ellos é iguales circunstancias se reúnen en su realización?

No es ocasión muy oportuna ésta para examinar en sus aspectos públicos la cuestión de la capacidad de los Ayuntamientos y Diputaciones, de los primeros sobre todo, para la adquisición de bienes. No podemos menos, sin embargo, de consignar nuestra opinión en el sentido de que se debe abrir la mano todo lo posible, y hasta dictar medidas de fomento, para que la propiedad municipal recobre sus tiempos de esplendor, y readquiera cada pueblo los antiguos bienes, arrebatados sin razón ó con razón escasa, y necesarios evidentemente para la satisfacción de muchas de sus exigencias.

La propiedad de un Municipio es indudablemente tan amortizada como la de la Iglesia y como la de las fundaciones de beneficencia é instrucción. La ley desamortizadora, sin embargo, hubo de excluir determinados bienes de los Municipios, por ser de uso común; y desconociéndose que este uso, siempre ó casi siempre, en una ú otra forma, tenía en definitiva ese carácter y redundaba directamente en beneficio de todos los vecinos, se declaró en situación de venta los bienes de propios ó patrimoniales. Sabidas son las lamentables consecuencias que esto ha producido, y el empobrecimiento en que se encuentran desde entonces innumerables pueblos, donde el pinar ó el monte de los propios, en los tristes días del invierno, proporcionaba al pobre gratuitamente, sin oposición de nadie, el haz de leña imprescindible en el hogar.

Claro es que la ley se limitaba á modificar la naturaleza de los bienes, entregando á los Ayuntamientos, á cambio de los enajenados, su importe en inscripciones de la Deuda pública. Pero, primer lugar, se reservó el Estado el 20 por 100 de ese importe; en segundo lugar, el 80 por 100 restante quedó sujeto á imposición perpetua en las arcas del Tesoro, salvo su empleo en obras públicas de utilidad local ó provincial, con sumisión á con-

diciones muy estrechas impuestas por la ley de 1.° de Mayo de 1855 y muchas disposiciones posteriores. La utilidad directa del vecino, en consecuencia, el ejercicio de su derecho de propiedad, hasta la natural satisfacción con que los pueblos veíanse asistidos de aquellas fuentes de riqueza, perdiéronse, acaso para siempre.

Terminaremos este asunto repitiendo que la capacidad de los Ayuntamientos y Diputaciones está reconocida; que es necesaria, sin embargo, la superior aprobación para la adquisición de toda herencia, según las leyes y demás disposiciones especiales del asunto (á lo cual no obstan en manera alguna los términos del art. 993, relativo, no á la capacidad para adquirir, sino á la aceptación de lo adquirido), y que, de todos modos, tratándose de bienes raíces, y salva declaración del Gobierno de ser indispensable conservarlos en razón del fin, han de venderse, convirtiendo su importe en inscripciones de la Deuda, habiendo de conservarse el capital íntegramente con carácter de perpetuidad, sin destinarse en caso alguno á cubrir las atenciones del presupuesto ordinario, ni á satisfacer deudas de la misma índole, ni á fianzas ó empresas aventuradas que puedan poner en peligro su conservación; salvas, en todo caso, las condiciones puestas por el testador para el aprovechamiento y enajenación de estos valores, una vez que sean aprobadas por decreto superior.

*
* *

V. *Establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública.*—Sigue el artículo con la desacertada redacción que trae desde el comienzo. Si es admisible que se mencionen separadamente los Establecimientos de instrucción y de beneficencia, no nos debemos resignar, en cambio, á que los Establecimientos de hospitalidad merezcan denominación aparte. Hospitalidad, esto es, concesión de albergue, vestido y alimentación, ¿no es la más característica de las obras de la beneficencia? Habría lugar á pensar que el Código trataba de los Establecimientos particulares de hospitalidad, no gratuítos, si no fuera absurdo equipararlos á los de beneficencia é instrucción y comprenderlos en mismo término de la oración gramatical.

Por lo demás, ya hemos estudiado suficientemente esta materia en el art. 38, al cual nos remitimos otra vez, debiendo limitarnos actualmente á indicaciones poco detalladas.

La capacidad de suceder de los Establecimientos de beneficencia ha sido siempre indiscutible. Hubo un momento, el de la ley de Octubre de 1820, en que se puso en duda respecto de bienes inmuebles, ya sabemos por qué género de causas. Pero aquello duró muy poco, porque en 1822 se dió la ley primera de Beneficencia y se autorizó ya tácitamente la adquisición de esos bienes; como se autorizó después de un modo categórico, antes de la ley de 1855, y, por lo tanto, antes que al resto de las manos muertas, que los Establecimientos de Beneficencia tuvieran «fondos propios, *donados ó legados por particulares*» (art. 11 de la ley de 20 de Junio de 1849); «bienes de cualesquiera condición y género, poseídos actualmente, con derecho á poseer después, ó que se adquieran en lo sucesivo» (art. 14 de la misma).

De este respeto á la voluntad de los particulares, hablaba así el Real decreto de 6 de Julio de 1853: «Velar por la recta inversión y el incremento de los fondos destinados á aliviar la miseria, no es solamente un acto de buen Gobierno y una obligación del hombre honrado; es además deber de caridad, cuyo religioso cumplimiento por parte de sus representantes tiene derecho á exigir la sociedad entera. Por eso, aun cuando fuera posible al Estado sufragar las onerosas cargas de la beneficencia pública, nunca le sería lícito excluir de su participación en tan meritoria obra los esfuerzos individuales de la caridad cristiana. Antes al contrario, debe promover con toda clase de esfuerzos las inspiraciones de esta sublime virtud, y secundarla siempre en los impulsos de su actividad fecunda.»

Y más adelante añadía, resumiendo admirablemente cuanto cabe decir como filosofía del asunto: «No es menos esencial para el progreso de la beneficencia pública el respeto á la voluntad de cuantos la hayan favorecido con sus larguezas. En esto más que en nada, los ejemplos del pasado han de ser para lo porvenir el mejor estímulo y la más acertada regla. Las leyes quieren seguramente conciliar los deseos de los bienhechores con las necesidades del servicio, deteniéndose sólo en estos principios á la sabia tolerancia allí donde existan instituciones que notoriamente se opongan al interés público.»

En el comentario del referido art. 38 hicimonos debidamente cargo de las disposiciones que regulan la capacidad de los establecimientos de beneficencia, supuesto que la capacidad es in-

discutible, y que el Código deja á las leyes especiales el régimen de la misma. Son estas leyes principalmente (hablando de ley, como se habla, en su sentido amplio), la desamotizadora de 1855, la de 20 de Junio de 1849, y las Instrucciones de 27 de Abril de 1875 y 27 de Enero de 1885.

Teniendo en cuenta que la prohibición de adquirir bienes inmuebles impuesta por la ley de 1820 no ha sido derogada; que tampoco lo ha sido la de 1.° de Mayo de 1855, y que en ninguna disposición relativa á la beneficencia se supone la posesión de dichos bienes, entendíamos y seguimos entendiendo que la capacidad de adquirir inmuebles por testamento, como de cualquiera otra manera, ha de sujetarse á la necesidad de que se vendan los bienes, salvos únicamente los que ocupen los mismos establecimientos (art. 2.° de la ley de 1855) y los que, por razones especiales, previa declaración del Gobierno, se consideren dignos de conservación.

De los establecimientos de instrucción pública debemos hacer indicaciones separadas. Estos establecimientos son de tres clases: sostenidos unos por el Estado, otros por las provincias ó Municipios, y otros por los particulares. La capacidad de los primeros y segundos regúlase por los preceptos especiales de la persona jurídica respectiva; esto es, por los que rigen en la adquisición de los Ayuntamientos y Diputaciones, y del Estado en su caso; sin olvidar que el núm. 1.° del art. 2.° de la tan repetida ley de 1855 exceptuaba de la venta los edificios y fincas destinados al servicio público. Los sostenidos por los particulares, desprendidos ya del patrimonio de éstos y constituyendo personalidad jurídica independiente, se llaman fundaciones; entran completamente en la categoría de establecimientos de beneficencia particular, en calidad de destinados permanentemente á la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales (art. 4.° de la Instrucción de 27 de Abril de 1875); y rígense, por consiguiente, á tenor de lo legislado para los establecimientos de beneficencia.

Nos remitimos, finalmente, para completar esta materia, en cuanto á formalidades para la adquisición de herencias y legados por parte de dichos establecimientos, al comentario del artículo 748.

*
* *

VI. *Asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley.*— Poco necesitamos decir en este punto, detalladas ya las diferencias que se notan entre las varias clases de asociaciones, y el régimen á que deben obedecer en cada caso. Podríamos, y hasta nos sería necesario entrar á definir estos conceptos de «*reconocidas ó autorizadas por la ley*», bastante más vagos de lo que á primera vista se presentan, si no fuera porque á continuación habla el artículo de las demás personas jurídicas, haciendo innecesaria la diferenciación.

De la clasificación de asociaciones antes hecha, debemos descartar primeramente el grupo de las dedicadas á fines religiosos, por haberlas estudiado bajo el epígrafe «Iglesia y Cabildos eclesiásticos,» y, por otra parte, el de las de fin benéfico, de que se ocupan las Instrucciones de Beneficencia antes mencionadas. Nos quedan así tres grupos: asociaciones que se rigen por lo dispuesto en la ley de 1887; sociedades de fin meramente civil ó comercial, é institutos y corporaciones que existen y funcionan en virtud de leyes especiales, á excepción de los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales y de los Establecimientos de Beneficencia ya estudiados.

Las primeras (asociaciones para fines políticos, científicos, artísticos, benéficos, de recreo ó cualesquiera otros lícitos que no tengan por exclusivo fin el lucro ó la ganancia, gremios, sociedades de socorros mutuos, de previsión, de patronato y cooperativas de producción, de crédito ó de consumo), están sujetas, dice el art. 18 de la indicada ley de Asociaciones, «*en cuanto á la adquisición, posesión y disposición de sus bienes, á lo que dispongan las leyes civiles respecto á la propiedad colectiva.*» Entendamos esto de propiedad colectiva como si se hubiera querido decir capacidad civil, y resultará que, en vista del art. 37 del Código, la capacidad de esas asociaciones se regula por sus estatutos, y que además (art. 38) pueden adquirir y poseer bienes y ejercitar acciones civiles, conforme á las reglas de su constitución. Estos preceptos del Código civil sirven de igual modo á las asociaciones expresadas en segundo término, las cuales, en la ley de 1887, «*se regirán por las disposiciones del derecho civil ó mercantil respectivamente.*» En cuanto á las creadas por leyes especiales, dispónese en el Código que se regirán por

sus estatutos, y que adquirirán y poseerán bienes conforme á las leyes de su constitución.

Ahora bien: ni el derecho mercantil ni aun el civil en la materia de sociedades, ni, por lo general, las leyes que autorizan la existencia de las asociaciones, se ocupan de la capacidad de adquirir por testamento. Los estatutos de las asociaciones de otras clases no sabemos tampoco que prevean nunca la adquisición hereditaria. ¿Á qué nos atendremos para juzgar esta capacidad? Naturalmente, á falta de disposiciones especiales, de carácter público ó particular, al art. 745; é interpretándole *a sensu contrario*, debemos considerar capaz para heredar á toda asociación permitida por la ley, esto es, á las que tienen las condiciones que en el comentario quedan indicadas.

*
* *

VII. *Las demás personas jurídicas.*—Completa el cuadro el Código haciendo esta indicación general. En el artículo anterior hemos examinado las tres clases de personas jurídicas que reconoce el Código, en conformidad con las doctrinas más corrientes, y al mismo tiempo hemos visto que las fundaciones, únicas de que el art. 745 permitía dudar, estaban perfectamente comprendidas en su disposición. Huelga, por tanto, que nos ocupemos otra vez de esta capacidad para heredar, reconocida á todas las personas jurídicas sin excepción, por las elevadas consideraciones de derecho que durante nuestro siglo las han abierto el campo.

Ahora bien: si había de ponerse término al artículo hablando de las personas jurídicas en totalidad, ¿por qué se mencionaron separadamente la Iglesia, los Ayuntamientos, los establecimientos de beneficencia, etc.? Y por otra parte, si ya se dijo en el artículo 38 que la Iglesia y las personas jurídicas reconocidas por la ley pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, y si además, aunque tampoco era preciso después de disposición tan terminante, el art. 745 las ha declarado capaces de heredar, sobre el supuesto de que su personalidad esté reconocida, ¿á [illegible] repetir la disposición aquí, sin añadir á ella nada nuevo? [illegible] tiene mucha importancia, esencialmente ninguna, la repetició

pero demuestra una vez más el escasísimo cuidado y el desacierto con que se redactó el artículo.

Es extraño, por último, que el Código no incluya al Estado entre las personas jurídicas de su enumeración. ¿Había nada tan natural como incluirle, al mismo tiempo que se hacía figurar en la lista á los Ayuntamientos y á las Diputaciones? Cierto que la capacidad del Estado es indiscutible, hasta el punto de que no sólo puede ser objeto de la institución hereditaria, sino que es en la ley único heredero, *ab intestato*, de todos los que mueren sin parientes. Pero ¿no resulta verdaderamente que el único modo de hacer dudosa la facultad de suceder el Estado por testamento, es el de eliminarle de la lista de las personas jurídicas, como en este artículo se hace?

Demos de todas maneras por supuesta la capacidad del Estado, y pongamos fin al comentario del artículo indicando el procedimiento con que podría llegar á ser heredero, una vez sustituído por el testador.

Todas las propiedades y derechos del Estado corren á cargo del Ministerio de Hacienda, y, dentro de él, de la Dirección general que lleva el nombre de su propio objeto: «Propiedades y Derechos del Estado.» Toda institución de heredero á favor de éste, una vez conocida, necesita ser objeto de un expediente administrativo, que tramita la citada Dirección, y en el que, por la naturaleza del asunto, ha de oirse el parecer de la Dirección general de lo Contencioso del Estado. Reunidos todos los antecedentes para conocer la naturaleza y el carácter de la institución hecha á favor del Estado, y en vista de la propuesta de la Dirección general de Propiedades y del informe de la de lo Contencioso, se dicta una Real orden señalando los términos en que el Abogado del Estado de la Delegación de Hacienda correspondiente debe proceder á la aceptación judicial de la herencia y demás operaciones necesarias hasta su adjudicación definitiva, y la entrega al Ministerio de Hacienda de los bienes en que la misma consista, para la aplicación que según su clase les corresponda.

ART. 747. Si el testador dispusiere de todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en bene-

ficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los Establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia.

Concordancias.—Igual al art. 744 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 5.ª, tit. X, Part. 6.ª*—Dexando algund ome en su testamento, marauedis, o heredad, o otra cosa cierta, que mandasse dar por su anima, de que sacassen catiuos, si non señalasse omes ciertos que cumpliessen esto; estonce el obispo de aquel logar, onde es natural el que fizo el testamento, o aquel en cuyo obispado ouiere la mayor parte de sus bienes, lo deue fazer cumplir. Pero el obispo luego, que aya recebido los marauedis, sobredichos: o aquella cosa que fue establescida, para sacar catiuos, deue dezir al juez ordinario de aquel logar, que faga escreuir en su registro, la quantidad de aquel auer, o de aquella cosa que recibio por esta razon.

Concilio de Trento.—Sesión 25.—3-4 Diciembre de 1563.—Decreto sobre el purgatorio.—Habiendo la Iglesia católica instruída por el Espiritu Santo, según la doctrina de la Sagrada Escritura y de la antigua tradición de los Padres, enseñado en los Sagrados Concilios, y últimamente en este general de Trento, que hay purgatorio, y que las almas detenidas en él reciben alivio con los sufragios de los fieles, y en especial con el aceptable sacrificio de la misa; manda el Santo Concilio á los Obispos que cuiden con suma diligencia que la sana doctrina del purgatorio recibida de los Santos Padres y Sagrados Concilios, se enseñe y predique en todas partes, y se crea y conserve por fieles cristianos.

....

Mas cuiden los Obispos que los sufragios de los fieles, saber: los sacrificios de las misas, las oraciones, las limosn

otras obras de piedad, que se acostumbran hacer por otros fieles difuntos, se ejecuten piadosa y devotamente según lo establecido por la Iglesia, y que se satisfaga con diligencia y exactitud cuanto se deba hacer por los difuntos, según exijan las fundaciones de los testadores ú otras razones no superficialmente, sino por sacerdotes y ministros de la Iglesia y otros que tienen obligación.

(Véanse los precedentes del art. 752.)

COMENTARIO.—I. *De la institución testamentaria hecha en favor del alma del testador.*—Es este artículo una excepción significada de lo que se dispone en el 750 sobre necesidad de conocer determinadamente al heredero ó legatario instituído por el testador. ¿Hay nada menos cierto que el alma, como sujeto de una herencia, y en situación de disfrutar de bienes y derechos materiales? Hagamos constar, por consiguiente, que este artículo, de igual manera que el 749, y por igual razón de ser excepcionales ambos de la doctrina establecida sobre incertidumbre de herederos, han debido ir detrás del 750, en la colocación de los preceptos relativos á la capacidad; y examinemos ahora los motivos por que la excepción se admite y se declara.

Hubo cierto tiempo en que el alma de los testadores, lo mismo que los santos y los ángeles, por ejemplo, considerábanse como presentes, como cosas sustanciales, dice Borsari, y eran objeto de herencias y legados sin escrúpulo ni violencia del entendimiento. Esto ocurría ya en la primera época del Imperio romano, y subsistió mucho después, encargándose á ciertos institutos especiales el cumplimiento de la voluntad testamentaria para salvar «lo vago é incierto de la disposición.»

Las lentas reformas introducidas en la noción jurídica de estas abstracciones fueron modificando los motivos con que la disposición testamentaria se admitía á favor del alma. Hay un sujeto real, se dijo, y otro ideal. El hombre, autor de sus bienes, dueño de ellos, libre de disponer ilimitadamente su ino, puede querer gozarlos aun después de muerto. Entonl verdadero sujeto de la disposición es ideal; pero en maalguna debe rechazársele, puesto que representa á un o real, el testador, y continúa su personalidad en este gozando de las utilidades de sus propios bienes. Creíase,

en fin, sujeto verdadero de la herencia al testador, perpetuado en su alma; y la disposición era acogida en todas partes con respeto.

Doctrinas más modernas, conceptos más seguros de la personalidad humana, han venido después á destruir aquella hipótesis. Al mismo tiempo que la idea de la personalidad jurídica, ensanchada constantemente, ha abierto campo en el derecho á muchas entidades que en otros tiempos no se comprendían como personas verdaderas, la idea de las entidades puramente abstractas, que sólo en la imaginación tienen existencia, ha hecho perder carácter de persona, aun por ficción, al alma de los testadores. Los bienes pueden ser atribuídos á quien tenga vida y existencia, moral si se quiere, pero «con exterioridad autónoma»; no deben corresponder, en cambio, á quien carece de esas condiciones, y de la participación social precisa para gozar ventajas y derechos en la colectividad.

Ha sido, sin embargo, necesario detenerse en las consideraciones respetables que este género de voluntad testamentaria implica. No vive sólo el hombre de lo material, sino también de lo moral; y precisamente por reconocerse así, se ha dado á los ciudadanos derecho á disponer, para después de muertos, lo que, á su juicio propio, sea más conforme para sostener y continuar su obra. ¿Qué duda cabe, por lo tanto, de que las creencias religiosas, la idea de otra vida con premios y castigos, el amor á Dios, las esperanzas y temores de la situación futura pueden inclinar el ánimo del hombre á consagrar sus bienes á la satisfacción y al beneficio de su alma?

1.° *Instituciones genéricas y específicas.*—Reconocida unánimemente la bondad y la justicia del propósito, no ha habido más que hacerle compatible con las doctrinas corrientes del derecho. Y se ha dicho: el alma no puede ser heredera ni legataria de cosa alguna, por falta de personalidad; pero satisfacer fines del alma, emplear en ellos ciertos bienes, cosa es que no debe impedirse cuando se halle impuesta como una obligación del heredero. Que se designe, pues, una persona á quien los bienes se transmitan; y que se considere carga de la herencia, que h[illegible] cumplir esa persona, la celebración de los sufragios dispue[illegible] por el testador.

Establécese así la diferencia de dos formas en que la ins[illegible]

ción puede redactarse: una genérica y otra específica. Llámase específica á la que contiene designación de una persona á cuyo cargo ha de correr el cumplimiento de la disposición; ejemplo: «*Impongo á mi heredero la obligación de destinar cada año mil pesetas á sufragios en favor de mi alma.*» Llámase genérica la que desde luégo hace heredera directamente al alma; por ejemplo: «*quiero que todos mis bienes se empleen en sufragios.*» De la primera no hay qué hablar, sino en relación con la vinculación de bienes, de que trataremos en la materia de sustituciones; porque salvando lo que en ella pueda haber de contradictorio con la doctrina de la amortización, ningún obstáculo se opone á declararla válida y obligatoria. Es la segunda, la genérica, la de que se ocupa el Código en el actual artículo, y la que ha merecido discusión y estudio por parte de los tratadistas.

Nos encontramos enfrente de una disposición á cuyo cumplimiento no se obliga á nadie, de la que nadie puede ser sujeto activo, y que, sin embargo, es digna de extraordinaria consideración, por el respeto de la voluntad del muerto, por la excelsitud misma de su fin. ¿Qué hacer? El Código italiano se ha decidido francamente del lado de los principios del derecho. «Son nulas las disposiciones para el alma ó en favor del alma cuando se expresan genéricamente.» El Código mejicano, como el nuestro, no las ha declarado nulas, sino que las han dedicado: el uno á favor de los Establecimientos de Beneficencia, y el otro á favor también de las atenciones y necesidades de la Iglesia.

Confesemos al llegar aquí, y sirva además de aclaración indispensable, que ni el Código mejicano, ni nuestro proyecto de 1851, ni el vigente Código, están en la disposición presente de acuerdo con los antecedentes que hemos referido. Decía nuestro proyecto de 1851: «La disposición universal ó de parte alícuota de bienes que el testador haga en favor de su alma, *sin determinar la aplicación, ó simplemente para misas, sufragios, usos ú obras pías,* se entiende hecha á favor de los pobres.» Dice el de Méjico (art. 3.445): «La disposición universal ó de una parte alícuota de los bienes que el testador haga en favor de su alma, *sin determinar la obra piadosa ó benéfica que quiera se ute,* se entenderá hecha en favor de los Establecimientos de eficencia pública.» Y nuestro Código dice por su parte: «l testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes *para su-*

fragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto y en su defecto para los de la provincia.» Uno y otro siguen en este punto al de Cerdeña, primero que comprendió y declaró la conveniencia de dar ese destino á dichos bienes.

Pues bien: en estos preceptos existe un fondo de justicia indiscutible, por cuanto, fieles á las consideraciones que antes apuntábamos, hacen en todo caso válida la disposición, estableciendo que es capaz de suceder, contra la doctrina de las personas inciertas, y como excepción de la misma, un ente que ni siquiera llega á ser persona en lo civil. Pero encontramos de censurable en ellos el que se distingan por su significación gramatical las denominaciones genérica y específica, y que, saliendo del concepto que les asignan los autores, se considere la primera como determinada en la aplicación de bienes, y como no determinada la segunda. Partimos de que las dos son válidas, y de que deben, sin embargo, establecerse algunas diferencias respecto al cumplimiento de la voluntad del testador; pero, al fijar las causas de estas diferencias, debemos atenernos, y no nos atenemos en el Código, antes que á las palabras, á las condiciones de fondo del asunto.

Decíamos antes que la institución genérica es la que no está directamente encomendada al heredero como carga de la sucesión, mientras la específica lo está. Explicaríase perfectamente, que siendo tales los conceptos, se encomendara el cumplimiento de la disposición en el primer caso á los albaceas, ó si se quiere, á las autoridades civiles y eclesiásticas; pero cuando existe un heredero, encargado de cumplir las cargas impuestas por el testador, á nadie más que á él debe atribuirse la forma de verificarlo. La manda para sufragios es entonces un legado como otro cualquiera, impuesto sólo al heredero, que él debe exclus mente satisfacer (art. 885), con vigilancia nada más por part los albaceas (art. 902); y, en su caso, por analogía con la fu ción benéfica, sujeto á la inspección del protectorado de B

ficencia pública (art. 7.° de la Instrucción de 27 de Julio de 1875). Aunque estuviera encomendado expresamente al albacea el cumplimiento de la disposición, debía ser bastante con la necesidad que se le impone, por el art. 907, de rendir ante el Juzgado la oportuna cuenta de distribución. Podría también haberse encomendado á un tercero la inversión, y se consideraría á éste entonces como legatario, con el gravamen y deberes consiguientes. Sólo, en fin, á falta de persona designada por el testador para cumplir su voluntad, es posible, en buenos principios de derecho, la intervención gubernativa; salva, cuando mucho, aquella puramente indispensable para velar por el respeto concedido á la intención testamentaria.

Creemos, en resumen y con mayor claridad, que si las mandas por el alma se declaran válidas en atención á las razones respetables que producen esa voluntad del hombre, esta atención se debe completar dejando íntegra la amplitud con que se hizo al heredero, al legatario ó al albacea el encargo de las obras piadosas. Si el testador dijo simplemente: «quiero que mi heredero disponga cada año en beneficio de mi alma 1.000 pesetas,» ¿hay razón para que el legislador, fundado sólo en la falta de determinación de este gravamen, retire al heredero los correspondientes bienes y decida por sí y ante sí la aplicación que debe dárseles? ¿No es más natural y más lógico pensar que el testador, al designar la persona, y hacerle el encargo indeterminadamente, ó no tenía tiempo para especificar la distribución de los bienes, ó confiaba suficientemente en el talento y en la discreción del individuo designado?

Esto es, á pesar de tan evidentes consideraciones, lo que dispone el Código. Tratándose de la institución hecha genéricamente á favor de los pobres, el art. 671 ha permitido que se encomiende á una persona la distribución de cantidades, así como en el 749 se dispone expresamente que «la calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador;» pero en la institución á favor del alma no se distinguen estos casos. El único criterio que ıla la inversión de bienes es el de que la disposición se ı hecho ó no *indeterminadamente y sin especificar su apli ón:* refiérase al todo ó simplemente á parte de la herencia.

Concepto legal de la institución específica.—No debe que-

dar inadvertido ahora que la palabra *indeterminadamente* empleada en el Código se presta á algunas confusiones, por haberse añadido á ella: «*y sin especificar su aplicación.*» ¿Significa esto que las instituciones hechas indeterminadamente pueden ó no, ser especificadas, y que sólo las que no lo son se hallan sujetas al artículo? Respondemos negativamente; «*indeterminada*» y «*no específica*» quieren decir la misma cosa dentro del precepto, y la indicación que se hace de ambas es sencillamente un vicio de expresión.

Pero las confusiones pueden ser más grandes, hasta originar en muchos casos dudas de solución dificilísima, al diferenciar lo determinado de lo indeterminado, el género de la especie. Sabemos ya, puesto que así lo dice el Código, que el género y la indeterminación están en destinar bienes «*á sufragios*» y «*á obras piadosas*». Es de creer, naturalmente, que se hallan en el mismo caso otras expresiones, por ejemplo: «*á las ánimas del purgatorio*», «*á actos benéficos*», etc., etc. Pero ¿cuál es ahora la especificación necesaria? ¿En qué grado? Se traspasará el género diciendo: «*sufragios en la iglesia tal*». ¿Es ésta ya la especie?

La especificación cabe que tenga infinidad de grados, como podemos comprobarlo con un ejemplo gradual: «Mando tales bienes para sufragio por mi alma en la iglesia de mi pueblo.» «Idem para cien sufragios.» «Idem para cien sufragios á razón de cinco pesetas cada uno.» «Idem para cien sufragios á favor de mi alma, á razón de cinco pesetas cada uno, en la iglesia de mi pueblo, tales ó cuales días, y á cargo del sacerdote D. Fulano.» ¿Todos estos grados envuelven la misma especificación á los efectos del artículo, todos ellos bastan para considerarle inaplicable?

Repetimos que la resolución de este punto es muy difícil, y expuesta á confusión. Á nuestro juicio, sin embargo, desde el momento en que se indica el sitio en que han de hacerse los sufragios, la persona á cuyo cargo han de correr, los días á que correspondan; todo, en fin, lo que supone referencias á una aplicación fija, ó, mejor dicho, á una realización determinada é i
riable del legado, hay especificación bastante. Cuando se ind
solamente el número, el precio, cualquiera otra circunstan
con la que no se impide la variabilidad de ejecución, la mas

debe considerarse genérica y someterse á lo dispuesto en el artículo.

3.° *Varias cuestiones dimanadas del art. 747.*—Á otras observaciones da después origen el precepto, acaso por su equivocación inicial de referirse al mismo tiempo á obras piadosas y á sufragios. La mitad del importe en venta de los bienes—dice—se entregará al Diocesano, y la otra mitad al Gobernador civil de la provincia, para sufragios la primera y para dotación de establecimientos la segunda. Pues bien; ¿es lícito, cuando se trata de prestar respeto en lo posible á la intención del testador, que lo que mandó éste solamente para sufragios por su alma se destine á obras de beneficencia, y lo que sólo dedicó á actos piadosos, vaya á aumentar los emolumentos de la Iglesia? ¿No puede haber aquí hasta contradicción bien lamentable, si el testador tenía otras creencias religiosas, interpretando en tal sentido su voluntad? Si las cláusulas de que este artículo se ocupa fuesen sólo las que agrupadamente comprendieran sufragios y obras pías, no fuera impropia la distribución que el Código dispone; pero como no cabe interpretarlo así, como indudablemente el fondo es siempre el mismo, hable el testador sólo de sufragios, ó sólo de obras piadosas, ó de ambas cosas á la vez, la disposición debería ser distinta en cada caso y sujetarse á las diversas formas, ó por lo menos á las dos formas principales en que la voluntad pudo ser expuesta.

Además de esto, creemos que tampoco se interpreta debidamente esta voluntad cuando lo mandado para *sufragios* se dedica á «*las atenciones y necesidades de la Iglesia.*» Descontando que puede el Diocesano convertir la mayor parte á dicho fin, no obstante haberlo recibido por igual para sufragios y para atenciones de la Iglesia, ¿qué tienen que ver estas atenciones, de puro carácter natural, con el fin moral del testador, y por dónde pueden ser equiparadas las necesidades de la Iglesia con las del alma del difunto?

También más adelante se incurre en otra inadvertencia, ...lo se entregan al Gobernador civil los bienes para los esta...mientos benéficos del domicilio del difunto y, en su defecto, ...los de la provincia. Bien está que el Gobernador civil se ...e de los bienes que á la provincia correspondan, aun siendo ...al que ha de disfrutarlos y aplicarlos la Diputación respec-

tiva. Pero los que corresponden al domicilio del difunto, ¿por qué no se han de dar al Alcalde del mismo, á la manera que se dá al Alcalde, al Párroco y al Juez municipal el encargo, en el art. 749, de distribuir los bienes mandados á los pobres?

***

Venta de los bienes.—Hablemos, por último, del procedimiento para que los albaceas adquieran facultad de vender los bienes. Alguien ha supuesto que esta facultad debía declararse en el juicio universal «sobre adjudicación de bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres» (art. 1.101 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil). Nada tan equivocado como esto, puesto que dicho juicio universal supone que haya personas llamadas conjuntamente á la sucesión, más ó menos determinadas, pero personas siempre, mientras que el artículo 747 se refiere al alma de los testadores, á sufragios, á obras, á nada, en fin, determinadamente personal.

Debemos distinguir dos casos: el de que sea heredera el alma, y el de que sea sólo legataria. Siendo heredera, el juicio universal de testamentaría es necesario, por analogía, en razón de ausencia y de falta de representación legítima en el lugar del juicio. Cuando no sea más que legataria, el juicio de testamentaría no se exige, sino por falta al mismo tiempo de herederos, ó por condiciones propias de éstos.

Ahora bien: como quiera que las particiones lleguen á ser hechas, cuando haya bienes aplicados indeterminadamente á sufragios y obras piadosas, su adjudicación ha de atribuirse á los albaceas. Cumplidos después los requisitos necesarios hasta el otorgamiento de escritura, se hará también á nombre de los mismos la inscripción de los inmuebles, desde cuyo momento desaparece toda duda. Está decidido, por resoluciones de la Dirección general de los Registros, que en las instituciones de herederos á favor del alma, la inscripción se haga á nombre de los albaceas, que la representan legalmente; y lo está también una vez hecha la inscripción, las fincas pueden ser enajena

Ocurre la dificultad de que el albacea venda dichas finc no cumpla después con lo que manda el Código. En nuestro ten ler, la intervención gubernativa debió ampliarse hast

participación en la venta, y hasta á determinar que ésta se hiciese por subasta, para evitar los grandes fraudes á que se prestará la facultad ilimitada de los albaceas. No está dispuesto, sin embargo, así; y la sanción de la conducta de éstos, en el cumplimiento de su encargo, es solamente la que el Código penal establece.

Para terminar. Varias dificultades de las á que da origen este artículo son iguales ó análogas á las que suscita el 749, relativo á las instituciones hereditarias en favor de los pobres. Á él nos remitimos para algunas de ellas, como, v. gr., la determinación de la provincia de que se habla en este artículo, la facultad y los efectos de la renuncia de los albaceas, etc., etc.

ART. 748. La institución hecha á favor de un establecimiento público bajo condición ó imponiéndole un gravamen, sólo será válida si el Gobierno la aprueba.

Concordancias.—Igual al art. 745 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO - Los establecimientos públicos ¿son todos personas jurídicas de las reconocidas por la ley? Porque si no tienen esta cualidad, no pueden heredar. Para resolver este problema es necesario que definamos y distingamos en primer lugar los establecimientos públicos, frase muy vaga y muy expuesta á confusión.

Establecer, esto es, dar estabilidad, requiere un algo estable: una construcción. Establecimiento supone, en consecuencia, un algo construido, arquitectónicamente por supuesto. ¿El establecimiento es, pues, un edificio? Si hiciéramos un estudio minucioso del tecnicismo de las leyes y de las resoluciones [illegible] teriales en donde se ha hablado de establecimientos públi- [illegible] llegaríamos á la más espantosa desorientación. Algunas [illegible] osiciones, como la Real orden de 8 de Febrero de 1858, ha- [illegible] cuidadosamente de edificios destinados á establecimientos [illegible], lo cual indica que son dos cosas separadas el edificio y

el establecimiento. Otras, como la orden de 24 de Mayo de 1873, incluyen en la denominación de establecimientos públicos los Monumentos históricos. por ejemplo, que sólo por su cualidad de edificios pueden entrar á formar parte del concepto. Finalmente, las hay, como la ley de 9 de Junio de 1869, que consideran establecimientos públicos los parques, los jardines, los cementerios, las plazas de toros, etc., etc.

Provienen estas diferencias, en parte, de dificultades invencibles del lenguaje humano; de otro lado, de los sentidos igualmente diversos en que se toma la palabra *público*. Interesan á nuestro objeto dos acepciones: una en que dicha palabra califica las cosas que ofrecen interés á la colectividad de ciudadanos; otra en que califica sólo aquellos actos, facultades ó cosas propios del Poder. Aquí aparece ya un deslinde, el más importante para nuestro estudio.

Hay unos establecimientos públicos que se consideran tales, por cuanto afectan á la colectividad de ciudadanos en sus aficiones, en sus intereses, en el mal ó el bien que puedan reportar: ejemplo, las plazas de toros, los cafés, los balnearios medicinales, los teatros, etc. Estos establecimientos son, ó suelen ser, de propiedad particular; sus condiciones especiales, sin embargo, les colocan bajo la inspección, al menos, de las autoridades encargadas del interés común. Hay otros establecimientos que se llaman públicos porque son creaciones del Poder, porque dependen por completo de él, porque funcionan á sus órdenes; las Universidades, por ejemplo. Podemos hacer así una primera distinción, en establecimientos *oficiales* y *particulares*, y separar éstos de nuestro estudio, puesto que evidentemente en nada se refiere á ellos el artículo.

Pero los establecimientos oficiales son de varias clases: Haciendo una enumeración un tanto detallada, podremos después marchar con mucha más seguridad. Recordemos todos los establecimientos de beneficencia (hospicios, hospitales, casas de maternidad, asilos, etc.), y añadamos á ellos los de instrucción (Universidades, Institutos, Colegios y Escuelas, etc.). Sigan después los científicos, ó de fin científico ó literario, Academ[illegible], Museos, Monumentos históricos, Archivos, Bibliotecas, etc. [illegible] llamos, por otro lado, los que se destinan á usos propios d[illegible] Administración pública en todas sus ramas, Cámaras legis[illegible]

vas, Ministerios, Casas diputación y Casas-consistoriales, dependencias de la Administración para sus distintos servicios, Tribunales, Cárceles, etc. Por último, los puramente de recreo, jardines, parques, teatros, etc., etc. Creemos que en esta sencilla clasificación quedan comprendidos todos los establecimientos oficiales.

Y ahora preguntamos: ¿se refiere el Código á todos estos establecimientos en su calificación de públicos? Aquí se encuentran de nuevo las dos ideas que antes enunciábamos: 1.ª, ¿todos los establecimientos públicos tienen personalidad jurídica? 2.ª, ¿el establecimiento es la construcción material, ó un algo separado de ella?

No tenemos necesidad de contestar la última pregunta. Podemos dar por supuesto que todo edificio, monumento ó terreno de los comprendidos en la categoría de oficiales, es un establecimiento público, como suponen las disposiciones antes indicadas. Pero concédasenos que debe hacerse una oportuna distinción entre los establecimientos públicos constituídos sólo por el edificio, ó mejor dicho, por la parte material, y los que principalmente toman tal carácter por un fin, por un servicio, que supone la necesidad de cierto personal, y la consiguiente actividad del mismo.

En los primeros (el parque, el jardín, la estatua ecuestre, el monumento histórico), falta en absoluto la condición de vida, de funcionamiento. No es posible, por tanto, ni aun exagerando la abstracción, concebir estos establecimientos como entidades, como personas jurídicas, de las que la ley reconoce y considera con capacidad. Para estimarlos como tales, es indispensable que se les agregue un fin que cumplir, y actos sucesivos con que se tienda á realizarlo, que es el punto en que se asemejan la persona jurídica y la natural. Y ésta es precisamente la característica de los otros establecimientos, la razón de que, á nuestro juicio, ellos exclusivamente se encuentren comprendidos en el enunciado genérico á que se refiere el art. 748 del Código.

Una duda cabe todavía. Las dependencias administrativas n establecimientos públicos verdaderamente tales? Y si lo , ¿hasta qué punto cabe considerarlas como personas jurídi- á los efectos de la capacidad de suceder? La Real Orden

de 1858, que citábamos antes, después de definir los edificios como cosa separada de los establecimientos, distingue los destinados á establecimientos públicos, de los que se ocupan para dependencias de la administración.

En realidad, parece que repugna un poco llamar establecimiento público á una oficina administrativa, una administración de aduanas, por ejemplo. Además, la mayor parte de estas dependencias, aun siendo indiscutiblemente entidades propias, no se conciben sino como partes de otras entidades más amplias.

Sin embargo, ninguno de ambos puntos nos debe ofrecer duda. El repugnarnos un poco la calificación depende de que relacionamos siempre el nombre de establecimiento público, independientemente de la consideración legal de éste, con la noción de un sitio adonde asiste el público con determinado fin. Nos es más fácil, por lo mismo, igualar en el lenguaje común, dentro de la indicada calificación, una Universidad y un café, que una Universidad y una Dirección general.

En cuanto á la personalidad, tampoco cabe duda. No importa que la entidad sea parcial con referencia á otra, para que pueda ser total en sí misma, desde que tiene un fin, un nombre, un conjunto de facultades, una actividad determinada, y todas las condiciones que le constituyen en organismo independiente. Una oficina de correos, de último orden si se quiere, depende de otra de más categoría, como ésta á su vez de la Dirección general del ramo, y la Dirección del Ministerio. Pero no deja por eso aquella oficina, la estafeta de un pueblo ínfimo, de tener su nombre, su jefe, su organización y sus funciones propias, todo lo cual le da carácter de entidad jurídica, y le hace entrar indiscutiblemente en lo que con una grandísima amplitud, difícilmente remediable, llama Corporaciones el art. 35 del Código.

Y sólo se nos ofrece ya una dificultad que vencer. Debemos habernos convencido de que un legado hecho «*á la oficina de Correos de tal pueblo*,» «*á la Delegación de Hacienda de tal provincia*», debe ser válido. Pero ¿lo podrá ser del mismo modo algún caso, por especiales circunstancias, el hecho á un establecimiento público cuyo nombre no envuelva idea alguna de organismo? Ejemplo: el legado á la Casa Consistorial de un pu

¿podrá ser válido alguna vez? No sólo podrá, á nuestro juicio, sino que deberá serlo. Los establecimientos constituídos solamente por el edificio admiten también una diferenciación: de los que no se relacionan inmediatamente con un organismo determinado, por ejemplo: «al acueducto de Segovia; y de los que inmediatamente dan idea de una institución orgánica, como es precisamente el caso de legado al edificio de un Ayuntamiento. En realidad, el testador ha designado un objeto impropio de la institución, que no puede tener personalidad por sí; pero tan íntimamente se halla unida á la idea del Ayuntamiento la de su Casa-Consistorio, que no cuesta violencia alguna suponer que el testador quiso instituir á la entidad y no á la casa. De todos modos, este punto no puede ser objeto de reglas muy determinadas; siempre que se presente la cuestión, habrán los Tribunales de atenerse á consideraciones de hecho muy distintas y fallar por ellas. La mayor ó menor seriedad con que la institución estaba hecha, la ilustración más ó menos grande del difunto, y otras condiciones, habrán de pesar todo ó casi todo lo que se necesita para inclinar el ánimo á una resolución acertada.

Resumiendo: los establecimientos públicos de que habla el artículo son aquellos que organiza, dirige é inspecciona el Poder ejecutivo del Estado, y que, á la idea del edificio destinado á su instalación ó que les constituye de hecho en tal carácter, llevan agregada la de un servicio de carácter público y la de un organismo para realizarle.

***

Ahora bien: las instituciones hechas á favor de un establecimiento de esta clase, si se les impone una condición ó un gravamen, sólo son válidas mediante la aprobación del Gobierno. En primer lugar, tengamos presente que el Código no ha debido usar la frase *válida*. Apruebe ó no el Gobierno la institución, sus condiciones de *validez* son anteriores, y de todo punto independientes. Si el testador no estaba incapacitado para hacerla, ni el establecimiento público es incapaz de recibirla, ni hay en el otorgamiento vicio de nulidad alguno, se podrá decir que la institución es *ineficaz*, nunca que no es válida. Por otra parte, ¿qué

quiere decir que la institución condicional ha de aprobarse previamente por el Gobierno?

El espíritu de este artículo está claro. Establecimientos que dependen de mí—dice el Gobierno,—que yo puedo crear, suprimir, modificar y reglamentar á mi manera, según mis circunstancias, no pueden ser sometidos por los particulares á un gravamen. Bastaría, en efecto, que un particular mandara un libro á una Academia para que fuera posible, á falta del artículo, que sin conocimiento del Gobierno quedasen reformados unos estatutos oficiales. Mando este libro—podría decirse—bajo condición de que ha de ser puesto en tal estante, y de que ninguno de los otros libros que queden colocados en el mismo se puedan remover sin autorización de mi heredero. ¿A qué peligros de esta clase, pero de más transcendencia, no se estaría sujeto por el capricho de los testadores, en los establecimientos de beneficencia é instrucción?

Lo que no comprendemos es que se diga secamente «*bajo condición*». Bien está que se limiten los gravámenes, pero, ¿todas las condiciones son gravosas? Las condiciones casuales en que el heredero no tiene participación alguna, ¿qué carga imponen ni qué dificultad presentan? ¿Por qué razón es necesario que el Gobierno haya de autorizar una institución que resulte hecha en estos términos: Mando mis bienes á la Universidad de Valladolid á condición de que, antes de mi muerte, se haya empezado á estudiar Sociología en la carrera de Derecho?

No es ésta, sin embargo, la única dificultad, puesto que encontramos otra de verdadera transcendencia: la de á quién corresponde decidir si la institución es condicional. En caso de serlo, ha de solicitarse la autorización gubernativa; pero, ¿quién decide si lo es? Nos parece que se han fijado poco en este escollo los redactores del Código.

No puede suponerse que, en todo caso, se haya de solicitar autorización, puesto que, para eso, holgaba hablar de condiciones y gravámenes; y es lo natural que haya de aceptarse toda institución que no los tenga. Y si sólo se ha de solicitar cuando verdaderamente es necesaria, y esto lo deben decidir jefe del establecimiento ó la Junta encargada de su régimen qué quedará reducida la aplicación del precepto del Código? ¿ á los casos en que el gravamen sea tan significado que no pu

caber la discusión de su existencia, puesto que á la más ligera duda, el jefe del establecimiento resolverá por sí (supuesto que se halle interesado en ello) que no se está en el caso previsto por la ley.

***

La última parte de nuestro comentario, á la que nos hemos remitido en el del art. 746, debemos dedicarla á examinar ligeramente las limitaciones y las confirmaciones que tiene el artículo, en los preceptos especiales que rigen la vida de los establecimientos públicos.

Nos encontramos primero con los de beneficencia, que sabemos se hallan divididos en dos categorías: públicos y particulares. De los públicos no es necesario hacer nueva mención; de los particulares cabe preguntar: ¿están sujetos á la disposición del artículo 748? La *Instrucción de 27 de Julio de 1875* es suficiente para que resolvamos la cuestión con poco esfuerzo. Lo que el Gobierno tiene en estos establecimientos es la alta inspección en interés de las colectividades indeterminadas; mas para que se les dé carácter público es necesario que, estando encomendados primitivamente por el fundador á patronos de oficio, éste fuere suprimido (art. 3.º). Mientras así no suceda, el protectorado del Gobierno se halla reducido á lograr que se cumpla la voluntad de los fundadores (art. 8.º), hasta el punto de que, según el párrafo último de este mismo artículo, cuando por disposición explícita del fundador quedase el cumplimiento de su voluntad á la fe y conciencia del patrono, bastará á éste declarar que dicho cumplimiento se verifica, y que es ajustado á la moral y á las leyes.

Entre los establecimientos de instrucción deben comprenderse las Universidades, los Institutos de segunda enseñanza, los Colegios, las Escuelas de primera enseñanza, las Normales de Maestros, las de Artes y Oficios, las de Bellas Artes, la de Diplomática, las de Ingenieros agrónomos, industriales, de caminos, de montes y de minas; el Conservatorio Nacional de música declamación, la Escuela de sordomudos y ciegos, las de Coercio, etc. Para que se consideren públicos todos los indicados blecimientos, han de ser costeados ó subvencionados con os del Estado, de la provincia ó del Municipio. Lo único que

acerca de sus bienes está determinado por la legislación especial, salvo lo que ya dijimos en el artículo antepenúltimo, es que los jefes de los establecimientos tienen obligación de averiguar si existen bienes ó derechos que según las leyes deban aplicarse á ellos y no lo hayan sido, y promover la incorporación por cuantos medios estén á su alcance, habiendo de obtener previa autorización del Gobierno, cuando necesite litigar para la defensa de sus derechos civiles (art. 102 del Reglamento de 20 de Julio de 1859). Parece, pues, que en ningún otro caso era necesaria la autorización, con tanto más motivo cuanto que el art. 293 de la ley de Instrucción pública de 1857 prohibía á los Gobernadores y Alcaldes mezclarse en el régimen interior de los establecimientos. La disposición del art. 748 del Código es, por consecuencia, nueva para ellos.

Los de cultura científica no dedicados precisamente á la instrucción, como las Academias de la lengua, de Ciencias morales y políticas, de Ciencias exactas, físicas y naturales, de Historia natural y de Medicina, los Archivos en todos sus distintos ramos, los Museos y las Bibliotecas, se rigen todos por leyes y por estatutos especiales, y en algunos de ellos existen disposiciones relativas á la adquisición de bienes. Con respecto á la Academia Española, por ejemplo, el art. 34 de sus Estatutos habla, sin señalamiento de condiciones, de las asignaciones extraordinarias con que donadores y fundadores particulares quieran proteger algún objeto especial de su instituto. En cambio, el art. 2.° de los Estatutos de la Real Academia de Medicina dispone que podrá ésta admitir legados y donaciones «*siempre que preceda superior aprobación.*» El Reglamento de la Biblioteca Nacional, en su art. 4.°, se ocupa también de los aumentos de su caudal de impresos mediante las donaciones y legados que se le hicieran y «*aprobare el Gobierno*». El Reglamento de Archivos, Bibliotecas y Museos, por último, incluye entre los aumentos de los mismos los donativos de los particulares, y sólo limita las adquisiciones onerosas cuando se trate de depósitos voluntarios. Como quiera que sea, es indudable que todas estas disposiciones, en lo que omiten, en lo que contrarían y en lo que c
man lo dispuesto por el art. 748 del Código, quedan refur
en éste y reformadas en cuanto se le opongan.

No es necesario que hablemos de los Establecimientos n

cos sostenidos con fondos provinciales y municipales, porque, respecto de ellos, la disposición es enteramente inútil. Como hemos visto ya, los Ayuntamientos y Diputaciones necesitan de la autorización superior para todas sus adquisiciones. El mismo principio debe regir para los establecimientos á su cargo: Y exigida ya la autorización en todo, inútil es que se disponga en parte.

Para acabar estas indicaciones, conviene hacernos cargo de lo que verdaderamente significa «*la autorización del Gobierno*». Llámase Gobierno, por lo general, á todo el Poder ejecutivo, ó sea, á la reunión de los Ministros de la Corona. Pero la autorización que aquí se pide es menos alta; úsase, sin duda alguna, la palabra Gobierno en el sentido del respectivo Ministro jefe del ramo. Á un Ayuntamiento le basta con la autorización del Ministerio de la Gobernación del Reino; á un Archivo con la del Ministerio de Fomento.

El trámite de estas autorizaciones es sencillo. El Jefe del Establecimiento, por conducto de su inmediato superior jerárquico, acude al Ministerio deduciendo la solicitud que al caso corresponde. Se instruye expediente, óyese el dictamen de los Centros interesados en el asunto, y se resuelve por Real orden; todo según lo preceptuado por los respectivos Reglamentos sobre procedimiento de reclamaciones administrativas.

Las facultades de los Registradores de la Propiedad, en cuanto á los inmuebles, dependen de la ley Hipotecaria, como es lógico; y, por lo tanto, es de su incumbencia la calificación del título y la suspensión de la inscripción cuando, debiendo haberse llenado el requisito de la autorización previa del Gobierno, se solicita la inscripción sin ella.

ART. 749. Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los

bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

Concordancias.—Análogo al art. 610 del proyecto de 1851 y al 746 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. —*Ley XX, tit. III, Part. 6.ª*— Diziendo el testador: Establezco por mis herederos a los pobres de tal cibdad, o de tal villa, o mando por mi anima, que sean dados todos mis bienes a pobres: porque dubdarian algunos en quales pobres deuen ser departidos los bienes, del que fiziesse su testamento en esta manera: queremoslo departir e mostrar. E dezimos, que los deuen auer, e dar, a aquellos que fuessen fallados en aquellos hospitales, de aquella cibdad, o villa que el testador mando: e señaladamente a aquellos, que por algunas enfermedades en que yazen non pueden salir, de los hospitales, a pedir de que biuan: assi como contrechos, o los coxos o los ciegos, o los niños desamparados que crian en ellos, o los muy viejos, o los que ouiessen otras enfermedades atales porque non podiessen andar nin salir de los hospitales: porque estos los han mas menester que los otros que pueden andar a pedir donde biuan. E si por auentura el testador non señalasse los pobres de qual cibdad, o de qual villa son, deuen ser departidos entre los pobres de aquel lugar, do fiziesse el testamento.

COMENTARIO.—*Fundamento racional é histórico de la disposición á favor de los pobres.*—Este artículo, lo mismo que el 747, es una excepción de la doctrina de las personas ciertas y por lo mismo también, celebraríamos haberle visto colocado en su correspondiente sitio. Esta falta de orden nos obliga á

anticipación de alguna idea de las que debemos exponer en el comentario del art. 750.

La falta de certeza de las personas á que se refiere este precepto es muy distinta de la indeterminación á que alude el artículo 747.

Reside la incertidumbre, por lo que respecta á la institución genérica en beneficio del alma, en la falta de capacidad, ó mejor aún, en la inexistencia del sujeto de la institución, en su imposibilidad de ser jamás persona, y de disfrutar bienes y derechos. Consiste, en cambio, con relación al artículo que comentamos, en el desconocimiento de las personas designadas, en la imposibilidad de que, al hacerse el testamento, pueda su otorgante disponer en favor de determinados individuos, de condiciones especiales, siendo como es el número de pobres, y asimismo su concepto, casi de imposible precisión.

La causa de habérseles, no obstante, capacitado para suceder es también muy distinta de la que motiva la excepción en cuanto al alma de los testadores. Permítese ésta por consideración á las creencias, á los sentimientos y también á la tranquilidad moral del hombre. La institución de los pobres como herederos fúndase sólo en la necesidad, y por ella es permitida. Nada tan respetable en este mundo como la desgracia, y nada tan noble como el sentimiento de la caridad, siempre propicio á disminuirla y aliviarla. Objeto tan alto del amor humano ha tenido que merecer constantemente la protección de los legisladores, aun con violencia, muchas veces, del rigorismo del derecho.

La doctrina de las personas inciertas se quebrantó muy pronto en Roma, á beneficio de los pobres. La historia del Imperio ofrece infinidad de ejemplos de tolerancia de la disposición hereditaria en favor de los desvalidos por el maravilloso sentimiento práctico de los jurisconsultos; y de cómo se fué elaborando lentamente una doctrina que apenas ha sufrido desde entonces modificación. «Si en el lugar donde el testador tenía el domicilio existe un hospicio ú hospital para los pobres, él será el heredero; el Director del establecimiento piadoso será quien ministre y quien vele por el cumplimiento de la voluntad del ador.» *(Cod.*, ley *si quis ad declinandum*, § *3.°*, *tít. de episc. lericis.)*. A falta de establecimientos de esa clase, dice el nto párrafo: «la herencia se adjudicará al más pobre.» Y

más adelante añade: «caso de no haber ninguno, el ecónomo recogerá los bienes y se encargará de distribuir sus frutos y sus rentas entre las personas más necesitadas.» Y como principio general, dice la *ley 24* del título de los testamentos en el *Codex:* «Aquello que se deja á los pobres en testamento ó codicilo no desaparece como lo que se deja á personas inciertas, sino que por cualquier procedimiento se debe hacer firme y subsistente.»

El precepto de nuestro Código tiene precedentes en algunos extranjeros, con ventaja, á nuestro juicio, de aquél sobre éstos respecto á la aplicación de los bienes dedicados á los pobres. El Código italiano considera hecha la disposición en beneficio de los pobres del lugar en que el testador tenga el domicilio, y manda que se entreguen los bienes «*al establecimiento local de beneficencia*». El de Méjico, conforme en todo lo principal con nuestro Código, dispone que, cuando el Juez haga la calificación de pobres, á falta de albaceas y de personas nombradas por el testador, «*debe aplicar los fondos á los hospitales ó casas de beneficencia ó de educación dependientes del Gobierno*». Nuestro Código concede más á la intención del testador; nada entrega á los establecimientos de beneficencia; siempre la distribución de bienes se hace entre los pobres, siguiendo el precedente hermoso que nos trazó la preinserta *ley 20, tit. III de la Partida 6.ª*

*
* *

Pobres.—Su determinación y calificación.—¿Quiénes son pobres? De muy difícil determinación es este punto, porque la calificación de pobre es excesivamente vaga, salvo para los beneficios de la ley de Enjuiciamiento civil. Por eso creemos igualmente que es muy acertado el espíritu que preside al Código, dejando la determinación á la persona que el testador haya designado, ó, en su defecto, al albacea, ó, en último término, á la Junta del Alcalde, Párroco y Juez municipal. Á nadie escapa la posibilidad de abusos en estos casos; las simpatías personales se imponen con frecuencia á los requerimientos de justicia, pero dictar reglas es imposible. Á lo más que podría llegarse es á distinguir, como el *Codex Iustinianus*, la preferencia de los más r
sitados, y hasta á marcar, como hacen las Partidas, que aque
que fueren hallados en los hospitales del lugar, y con espec
dad los retenidos por enfermedades, los contrahechos ó los c

ó los ciegos, ó los niños que en ellos se crían, así como los muy viejos ó impedidos de pedir limosna, deben considerarse más necesitados que otros, y más merecedores de la institución testamentaria.

Dice también el artículo: «*los pobres del domicilio del testador en la época de su muerte.*» Claro es que la dificultad de definir el domicilio está resuelta por el art. 40, con arreglo al que deberemos estimar así, la residencia habitual del causante. Claro es también, bajo otro aspecto, que la época de la muerte del testador decide todas las cuestiones sobre apertura de la sucesión. No consideramos justo, sin embargo, que hayan de ser preferidos por el Código los pobres de la residencia habitual del causante, frecuentemente impuesta, aparte de otras muchas causas, por las exigencias mismas de la enfermedad. ¿No es mucho más lógico presumir que el testador, al referirse á los pobres, habiendo de sujetarse á los de un domicilio, pensaba en el que tenía al tiempo de hacerse el testamento? ¡Pueden tantas razones, después de otorgada la disposición, modificar la residencia de los disponentes, sin turbación de su cariño al pueblo en que pasaron los mejores años!

En este párrafo primero del artículo existe una frase sin sentido: «*si no constare claramente haber sido otra su voluntad*». ¿Cómo ha de constar claramente haber sido otra, si empezamos por hacer exclusiva referencia al caso de que la institución se haya hecho en general, sin designación de personas ni de población? Si se designan personas y lugar, el artículo es inaplicable, y si no se designan, ¿cómo puede constar *claramente* otra voluntad? ¿Acaso se supone que cabe justificación por pruebas separadas del testamento mismo? ¿Será posible que las informaciones de testigos, los documentos privados y otros medios de demostración sirvan para completar la cláusula? Creemos que no, resueltamente, y que la citada frase del artículo no tiene alcance alguno.

Distribución de los bienes. – Por el art. 671 sabemos ya que tador tiene facultades para encomendar á un tercero la bución de las cantidades que deje en general á los pobres, mo la elección de las personas favorecidas por aquél; á de este nombramiento entran los albaceas á cumplir lo do por el testador, lo mismo que en el art. 747, y también

con los mismos inconvenientes de que nos hicimos eco entonces, en cuanto al olvido en que se pone, contra las mismas doctrinas del Código, la personalidad del heredero. En defecto de albaceas, el párroco, el Alcalde y el Juez municipal del pueblo, constituídos en Junta y resolviendo por mayoría de votos, harán la calificación y la distribución.

Primera dificultad que nos ocurre. ¿Quién cita á estas personas? Supongamos que el heredero. Pero, ¿y si no hay heredero por haberse dispuesto de toda la herencia á favor de los pobres? Al tratar después de los procedimientos, resolveremos implícitamente esta cuestión.

Démoslos ya por citados. ¿Quién les obliga á reunirse? Presumimos que, en la mayor parte de los casos, no habrá dificultad por las circunstancias del asunto, por el sentimiento caritativo, que es natural en todo hombre ¿Quién evita, sin embargo, sobre todo en pequeñas localidades, que haya enemistad entre el Alcalde y el Juez, por ejemplo, y quién vence el obstáculo? A nuestro juicio, en este caso, no hay medio alguno coercitivo que imponga la celebración de Junta.

Nueva cuestión. ¿Quién preside? Si á Autoridades vamos, ninguna es superior á otra: podemos suponer que el Juez municipal, por sus funciones judiciales, debe presidir; debemos esperar también que se concederá la presidencia al párroco por el aspecto moral del asunto; en último término, y en caso de discordia, debemos también renunciar á toda esperanza de que la Junta se reúna.

Sigamos por el mismo camino. En donde haya más de un Juez municipal ¿á quién le corresponderá intervenir? Lo más natural es que se tome en cuenta la división municipal de los distritos de la población correspondiente, y que intervenga el Juez de aquel en donde residiera el testador. Cuando haya más de un párroco, habrá también, por análogo motivo, que acudir á la división eclesiástica en parroquias, y encomendar el trabajo al de la que comprenda el domicilio del difunto. Cuando no haya párroco, con facilidad se entiende que le podrá sustituir en sus funciones el ecónomo, lo mismo que al Juez municipal el plente, y que al Alcalde el Regidor primero.

Falta saber también en qué forma deben consignarse acuerdos de la Junta. Es indudable que la inversión de fon

ha de hacerse con justificación, y que ante alguien debe presentarse ésta. Por lo mismo, la distribución tiene que constar en documento que sirva de prueba fehaciente. Si no se otorga escritura pública donde los hechos se acrediten, ¿será necesario acompañar resguardos individuales de cada cantidad distribuída? Indudablemente conviene hacerlo así; pero parece suficiente, dada la autoridad de las personas, que ellas den fe de las entregas, salva la necesidad de comprobarlas luégo por todos los medios de la ley, en caso de contradicción.

* * *

Aplaudiendo de pasada el art. 749 por su párrafo último, con el que se resuelve la cuestión referente al procedimiento que habría de aplicarse al caso de haber el testador fijado el pueblo ó la parroquia de los pobres, veamos ahora la marcha que se seguirá, desde el conocimiento de la disposición testamentaria hasta la prueba de la distribución de fondos.

Ya hemos resuelto en el art. 747 uno de los principales puntos, el de que necesariamente se han de hacer operaciones de testamentaría, judiciales ó extrajudiciales, y que los bienes á distribuir entre los pobres deben adjudicarse previamente, para la posibilidad legal de la inscripción y de la venta, á favor del tercero designado por el testador, ó á favor de los albaceas en defecto suyo. Dichas personas venderán los bienes y distribuirán su importe; partiendo de la base de que, aunque no lo aclara el Código, no ha podido ser su pensamiento el de que distribuyan los mismos bienes de la herencia.

Dificultad.—Cuando no existan esa tercera persona ni los albaceas, ¿se hará la adjudicación á la Junta compuesta por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal? No lo creeríamos así si no estuviese claro el art. 992 del Código. Pero se dice en él con tal seguridad que la aceptación de la herencia debe hacerse por las personas señaladas en el art. 749, cuando se trate de herencias ó legados á los pobres, que no puede abrigarse duda alguna. La ta, en consecuencia, se ha de constituir dentro del término o para la aceptación de las herencias, y á ella se hará tam- la adjudicación correspondiente en la escritura de partices.

Pero de aquí surge otra nueva duda. En el art. 747 suponíamos que no había por parte de los albaceas actos de aceptación ni de renuncia, sino el deber de hacerse cargo de los bienes, para distribuirlos como allí se indica. Aquí, en cambio, hay libertad en las personas para aceptar y renunciar los bienes (artículo 992); y ¿qué sucedería en vista de esto si al tercero, ó al albacea, ó á la Junta se le ocurriera renunciar? Creemos nosotros, en primer término, que no son renunciables estas herencias, entre otras cosas, por la presunción que en el art. 992 se establece, de que se entenderán siempre aceptadas á beneficio de inventario. Pero si fuesen renunciables, porque también es discutible que se imponga á nadie tal obligación, no se juzgaría que la renuncia de uno de ellos trajera como consecuencia la sucesión *ab-intestato*, mientras, á falta de tercero, pudiera sucederle el albacea, y, en defecto de éste, la reunión de autoridades.

Más difícil es la cuestión de que, por unas ú otras causas, la Junta designada en último lugar no acepte la herencia, ó no quiera ó no pueda realizar la calificación de pobres y la distribución de bienes. ¿Qué deberá hacerse entonces? Cuando, en el supuesto del art. 747, falten los albaceas ó renuncien el cargo, el juicio de testamentaría y el nombramiento judicial de contadores partidores evitarán toda cuestión. Pero ¿sucederá lo mismo en el presente caso, que exige una personalidad desde el primer instante para aceptar la herencia, y en el que la falta de albaceas se ha subsanado por el Código con la indicada Junta, sin acudir á los contadores judiciales, y prescindiendo también de lo que dispone el art. 911, en que se sustituye el heredero al albacea?

El procedimiento judicial prescrito para la *adjudicación de bienes á que están llamadas varias personas sin designación de nombres*, que no era aplicable, según vimos, al caso del art. 747, y que tampoco debe serlo en éste mientras se pueda guardar el orden que señala el Código civil, derogatorio en este punto de la ley de Enjuiciamiento, es indudablemente el único camino que cabe seguir para resolver la dificultad. Mientras haya pers con derecho á calificar los pobres, ninguno de éstos puede c citar, como antes hemos dicho, derechos personales. Pero, á f de esa calificación, en la necesidad de que alguien la haga, y

la también imprescindible de que ese alguien sea la jurisdicción ordinaria, ningún procedimiento más natural y lógico que el de los artículos 1.101 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, á los que nos remitimos por entero.

Queda un solo punto que tratar: la justificación del cumplimiento de la voluntad testamentaria. En el caso previsto y regulado por el art. 747, apenas hay lugar á la duda, por cuanto el Gobernador de la provincia y el Administrador de la diócesis tienen derechos indudables para exigir dicho cumplimiento y para discutir su exactitud. ¿Quién lo exigirá cuando se trata de los pobres? Fué una tercera persona, por ejemplo, la encargada; se le adjudicaron los bienes, se inscribieron á su nombre, los vendió y no ha cumplido la disposición testamentaria. ¿Qué procede? Para sostener que es atribución del heredero, en caso de que exista, hay argumento favorable en la representación que tiene del difunto, y le hay contrario en que su intervención en los asuntos de la testamentaria queda terminada con la protocolización de las particiones. Para sostener que pudieran hacerlo los pobres interesados, cabe apoyarse en su derecho colectivo y en su capacidad para reclamarle en juicio, pero con el inconveniente de que, no procediendo el juicio universal de adjudicación de bienes (juicio en que la dificultad que examinamos no puede surgir), ninguno tiene derechos propios que ejercer. Podría también sostenerse que el Juez era apto para exigir la rendición de cuentas, por analogía con lo establecido para los albaceas en el art. 907; mas, aparte de que este artículo sólo se refiere ó sólo debe de referirse á actos del albacea anteriores á la partición, tampoco es ampliable á otras personas. Del Ministerio fiscal cabría también duda, si sus atribuciones no se encontraran limitadas por la adjudicación y la inscripción de bienes á favor de personas ciertas.

Ante estas vacilaciones, nuestro juicio es que se trata de una misión de confianza y de conciencia; que no hay medios civiles de exigir el cumplimiento de la disposición, y que las reclamaes procedentes, como las del art. 747 en igual caso, cuando sposición no se ha cumplido, pertenecen exclusivamente al -'o del Código penal.

ıé sucedería en el caso de no existir pobres, ó de no ser ados como tales, por las personas indicadas al efecto, nin-

guno de los pretendientes? ¿Cabrían reclamaciones ante los Tribunales de justicia, para justificar la calidad de pobre y el derecho consiguiente á la herencia? Entendemos que no, dadas las palabras que usa el Código, puesto que se señalan las personas á quienes compete la calificación, y no se les limita en forma alguna esta facultad.

Pero, supuesto que llegue ese caso, ¿los albaceas ó la Junta podrán dar á los bienes un destino análogo, atribuyéndoles á los establecimientos de beneficencia del domicilio? Ningún otro artículo del Código puede venir en nuestra ayuda. El 671 habla de establecimientos de beneficencia, pero sobre la base de que la institución se haya referido á ellos. El 747 no supone que la aplicación dada á los bienes pueda ser imposible en ningún caso. A falta de los materiales de la analogía, dos soluciones pueden discutirse con firmes argumentos: la de que los bienes pasen á los herederos legítimos, según lo establecido en el artículo 764, y la de que, en defecto de los pobres á que el testador se hubiese referido, los bienes se adjudiquen á los establecimientos de beneficencia.

Para defender la primera solución se tiene un fundamento capital en que, por inexistencia del sujeto de la disposición testamentaria y por incapacidad consiguiente para suceder, los bienes son sobrantes, é imponen la necesidad de la sucesión *ab-intestato*. Para la segunda, puede contarse con el espíritu de los artículos 747 y 749, favorables siempre al mantenimiento de la institución benéfica. Si nuestra opinión hubiera de seguirse, sucedería lo último, no sólo por la razón indicada, sino por otras dos muy importantes. *Primera*, que al fin y al cabo las instituciones benéficas también son para los *pobres; segunda*, que en último término, y antes de acudir á la sucesión *ab-intestato*, debe recordarse que la disposición á favor de los pobres va incluída en la denominación de obras piadosas del art. 747, y se somete á lo dispuesto en él.

ART. 750. Toda disposición en favor de persona cierta será nula, á menos que por algún evento pu resultar cierta.

Concordancias.—Igual al art. 561 del proyecto de 1851 y al 747 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 6.ª, tit. III, Part. 6.ª*—... Mas si vna palabra tan solamente se fallasse escripta en el testamento como si dixesse el testador: Fulano, ó dixesse: Heredero, e non nombrasse quien, non valdria estonce el testamento; porque por tales palabras non podria tomar ome cierta sospecha, nin entendimiento verdadero del fazedor del testamento.

Ley 10, tit. III, Part. 6.ª—Dos amigos amigos auiendo el testador que ouiesse un mismo nome, si quisiesse alguno dellos por heredero suyo de tal manera deue nombrar e señalar aquella quien quiere dexar lo suyo, por su nome, o de su padre, o por otras señales que pueda ser sabido ciertamente, quien es aquel que dexa por su heredero. Ca si de otra guisa lo fiziesse tal establescimiento como este non valdria: e aurian los bienes del testador, los parientes mas propincuos, bien assi como si muriesse sin testamento.

COMENTARIO.—Ya hemos indicado al examinar otros artículos, que en esta sección encontrábanse algunos, como el de que se trata ahora, impropia é injustificadamente colocados en la materia de incapacidades para suceder. Por ninguna de las razones de incapacidad que admiten la teoría y la práctica puede considerarse como tal la establecida respecto á las personas inciertas.

La prohibición de suceder una persona exige, como primera condición, que aquélla exista. Si aquí se parte de la inexistencia del sujeto, y precisamente por esta consideración se anula el nombramiento, ¿cómo puede decirse que sea incapacidad de suceder? ¿Hay una persona, se sabe quién es, se la conoce? Ya no cabe considerarla como incierta. ¿Es verdaderamente incierta la persona que el testador ha designado? Pues dígase que no existe; pero no se la llame incapaz. Así sucede que nuestro Código es una excepción en este punto; todos los demás incluyen la in-

tidumbre de las personas, no en la sección de capacidad he-

itaria, sino en la de los modos y accidentes de la institución

l heredero ó legatario, como también hacía nuestro proyecto 1851.

Ahora bien: ¿qué quiere decir persona incierta? *Personas*

inciertas, dice el Código, *á menos que por algún evento puedan resultar ciertas*. Luego la incertidumbre (y decimos incertidumbre para evitar el demasiado uso de la palabra incerteza, poco admitida en nuestro tecnicismo) es de dos clases: la que puede destruirse por algún evento, y la que subsiste siempre. Y como consecuencia, refiérese por necesidad á determinado tiempo, en el cual, y no en otro, ha de apreciarse á qué categoría de las enunciadas corresponde.

Dejando la cuestión de tiempo para final del comentario, digamos que el concepto de la incertidumbre de las personas es de muy difícil determinación. Conformes desde luégo en que el testador debe estar cierto de sus afirmaciones, «*quoniam certum consilium debet esse testantis*»; pero para saber cuándo el consejo es cierto y cuándo incierto, y para fijar en todo caso el límite de las facultades de los testadores, ofrécense dificultades de tal índole, que ni la ley ni los jurisconsultos han podido nunca sentar exactas reglas.

***

Empezaron los romanos por considerar incierta toda persona que no fuese un individuo determinado, vivo y perfectamente conocido. Los dioses eran personas inciertas; los pobres, las municipalidades, los colegios y todas las personas jurídicas eran inciertas igualmente. Pasó mucho tiempo, sin embargo, hasta que se formularon en reglas generales las distinciones de la incapacidad. El primer jurisconsulto que lo hizo fué Gayo, copiado luégo en el famoso § *25 del tít. XX, De legatis,* de las Instituciones de Justiniano, en el que, refiriéndose á tiempos anteriores, se definían las personas ciertas como *presentes en la memoria del testador de una manera precisa*, y las inciertas como *no presentes*. Cuando la institución hereditaria diga: *sean mis herederos los que primero fueran nombrados cónsules*, ó *séalo cualquiera que dé su hija en matrimonio á mi hijo*, ejemplos de que se vale Justiniano, entiéndese que se ha designado á personas inciertas, y que la institución, por tanto, es nu La única excepción en contra de esto es que la designación cierta, aun siendo incierta la persona; que se nombre una p sona incierta entre varias determinadas; por ejemplo: *Aquel*

mis cognados ahora existentes que case con mi hija. (Incerta persona ex certis personis.)

Se comprende inmediatamente la falta de precisión que tienen estas fórmulas, á las que ya no obedecía Justiniano. ¿Qué diferencia esencial hay entre nombrar al primer cónsul, persona incierta en la agrupación de ciudadanos, y nombrar al primer pariente, igualmente incierto en su respectivo grupo? ¿No se dice que la certeza ó incerteza consiste en que se tenga en la memoria la persona? ¿Por qué género de evoluciones llega entonces á distinguir la inteligencia que en uno de esos casos se tiene en la memoria la persona y en el otro no? Y al fin y al cabo, ¿no se demuestra así que el testador no puede limitarse á la designación de las personas conocidas, determinadas, fijas en su pensamiento y vivas en su memoria, como se empieza por decir?

Del mucho estudio que del asunto hicieron con posterioridad los romanistas se había llegado á decidir que los principales grados de incerteza son tres:

1.° Cuando no cabe nunca la certeza, ni hay posibilidad de demostración en ningún tiempo; ejemplo: *la persona que primero se acueste en España el día de Pascua de Pentecostés.*

2.° Que haya certeza, pero falte determinación; por ejemplo: *aquel de mis hijos á quien corresponda la suerte de soldado.*

3.° Que no haya certeza, que tampoco haya determinación presente, pero que quepa determinación futura, como, por ejemplo, siguiendo el indicado por los comentaristas: *el que primero llegue á mis funerales.*

Basta leer esta teoría para rechazarla por completo. Tan sutil y tan laberíntica resulta, que casi llega á lo absolutamente ininteligible; es mucho más ambigua que la que nos recordaban las Instituciones de Justiniano, y mucho menos útil para la resolución de los problemas de la práctica.

***

Aspiramos nosotros á conseguir un resultado muy satisrio, con el que enteramente se aclaren y definan nociones enrevesadas; pero tenemos, cuando menos, necesidad de rarlo firmemente, rasgando en lo posible las nebulosidades

de concepto, y sobre todo de expresión, de que se resienten los autores.

Empezaremos, al efecto, preguntando: ¿El ser ciertas ó inciertas las personas se relaciona de algún modo con el que sean conocidas ó desconocidas por el testador? Cree Accarias que los romanos no necesitaban la circunstancia del conocimiento, por cuanto fué lícito siempre instituir á algunas personas que desconocía el testador. Que fuera lícito siempre, no autoriza á creerlo el citado § *25*, *De legatis*, que parece tener por norma la opinión contraria. El Cónsul del año próximo no puede ser mi heredero, puesto que no le conozco; el cognado que se case con mi hija puede serlo, porque conozco á todos mis cognados, y á todos les tengo presentes en la imaginación. ¿No parece ésta una interpretación lógica de la antigua doctrina de Roma, reformada por el párrafo de la Instituta, en que se permitía instituir á quien el testador no conociera? Realmente no fué ni pudo nunca ser así. ¿Por qué? Porque, en primer lugar, la voluntad del individuo, tal como se expresa, tiene mayor imperio que las causas que pudieron ó debieron haberle hecho seguir otro camino; y porque, en segundo término, hay infinitos casos prácticos en que la voluntad del testador puede inclinarse en favor de los desconocidos, con indiscutible justicia, y hasta con universal aprobación. El que sanó de una enfermedad por la aplicación de un invento maravilloso, v. gr., la inoculación del virus antirrábico, ¿no habría podido testimoniar su gratitud al inventor instituyéndole heredero? El que adquirió sus bienes por títulos irregulares, ¿no ha de poder en testamento devolverlos á aquellos de quienes los recibió indebidamente? Así lo han reconocido en muchos puntos todas las legislaciones modernas, y así también la nuestra, en el presente artículo, supone que hay personas cuyo conocimiento puede depender hasta de hechos futuros, y, sin embargo, han de tenerse como ciertas y como capaces de heredar.

Pero si pueden ser desconocidas para el testador, ¿habrán, en cambio, de ser determinadas? Determinadas dice, en vez de ciertas, el Código italiano, y en esta frase está precisamente la solución. Las personas nombradas por el testador han de ser *determinadas*, esto es, individualizadas, ciertas, fijas, concretas; esta es la condición. En los ejemplos de que acabamos de va

nos, el inventor del específico y el desposeído de sus bienes no son personas conocidas, en el sentido de tratadas por el testador; pero son determinadas en su pensamiento; sábese que hay una cualidad correspondiente á una persona, sin confusión con otra.

El art. 773 viene á ayudarnos al establecimiento de esta afirmación en los siguientes términos: «El error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero, no vicia la institución cuando de otra manera puede *saberse ciertamente* cuál sea la persona nombrada. Si entre personas del mismo nombre y apellido, hay igualdad de circunstancias, ó éstas fuesen tales que *no permitan distinguir* al instituido, ninguno será heredero.» Saberse ciertamente quién es el designado, tener datos bastantes para distinguirle de todos los demás; esto es lo que significa la determinación de la persona.

Tengamos en cuenta desde ahora, supuesto que invocamos el art. 773, que esta determinación es de dos clases: una en el testamento, y con relación al que dispone de sus bienes; otra en las diligencias para el cumplimiento de la disposición, relacionada, por lo tanto, con los albaceas. El art. 773 se refiere á la última, esto es, á la determinación, á la especificación de condiciones necesarias para que el ejecutor del testamento pueda cumplir la voluntad manifestada en éste; mientras que ahora debemos referirnos solamente á la determinación necesaria en el testador para que su voluntad sea permitida. Aclarémoslo con el ejemplo romano: *el que sea cónsul el año que viene*. En esta institución hereditaria, la determinación para el ejecutor del testamento era facilísima: habrá un cónsul que no se confundirá con otro, y, sin embargo, la ley no autorizaba el cumplimiento por falta de determinación en el testador.

* * *

La fraseología de los autores extranjeros que tratan la materia no puede ser menos precisa ni más confusa. ¿Qué quiere ... que la persona haya de ser determinada para el testador, es, cierta?

ciertas son, dice Accarias, no las personas que el testador ...noce, ni las que nunca ha visto, sino «aquellas de que es ...sible formarse idea clara.» Ejemplo: *el que se case con mi*

hija. Pero de lo que es imposible formarse idea clara es de lo que tan célebre autor quiso decir; ni aun con el ejemplo que se añade hay modo de entender definición tan vaga como ésta. Demostrémoslo, si no, con casos prácticos. Una persona que no existe al tiempo de hacerse el testamento ¿es de las que nos permiten una idea clara? En la institución hereditaria de los pobres, ¿tenemos clara idea de los instituídos? Decir idea clara es dejar el problema más oscuro de lo que estaba en un principio.

No se trata de certeza *real*, dice Borsari, sino *ideal;* basta con que la mente pueda comprender el propio objeto con suficiente claridad. Pero volvemos á lo mismo: ¿qué quiere decir que la mente comprenda *su* objeto? ¿qué quiere decir que le comprenda con claridad? ¿Qué es claridad suficiente, y cuál claridad carece de esta condición? Borsari es seguramente el tratadista que más se ha detenido en la exposición de este concepto: pero con eso y con tener generalmente gran clarividencia, no ha conseguido en este punto romper dudas, ni contribuir á una lisonjera solución.

Savigny había sido más preciso. Es persona cierta, dijo, la que el testador ha tenido presente en el pensamiento como individuo determinado, y cuya designación, por tanto, no puede hacer favor á distintos individuos, según distintas circunstancias. Pero Savigny habla exclusivamente en relación con el derecho romano; y su definición, en consecuencia, no es todo lo completa que las legislaciones modernas exigen. Nada se dice en ella de las personas que por algún evento pueden resultar ciertas más adelante; y lejos de eso, hasta parece que se las excluye de la definición.

Aubry et Rau, los continuadores de Zachariæ, son, hasta la presente, los que más han adelantado en la expresión del concepto. Según estos autores, personas inciertas son aquellas cuya individualidad no es actualmente determinada, ni puede serlo en el porvenir, por la realización de un hecho previsto en el testamento. Cuando se lega alguna cosa, por ejemplo, «al que case con una pariente del testador,» no hay persona incierta puesto que puede llegar á determinarse.

Venimos á parar así á lo que empezábamos diciendo: á que hay que distinguir personas ciertas de presente y personas

tas de futuro; dependientes unas é independientes otras de tal ó cual hecho por venir. La determinación de estas personas varía para el testador en cada caso, y exige en nuestro estudio una separación indispensable.

*
* *

Para que una persona sea determinada de presente, es decir, sin relación con hecho alguno que deba ocurrir más adelante, es necesario en primer lugar que exista. Si yo digo: *mando mis bienes al Gobernador de Talavera de la Reina*, refiérome á una persona que no existe, y que, por consecuencia, no puede ser determinada. Hay determinación aparente, pero en el fondo es falsa. He aquí el primer caso en que se puede llamar incierta á una persona. Por otra parte, es necesario que el testador conozca su existencia, que tenga noción de sus condiciones, que conciba la persona como independiente y separada, y que al referirse á ella no pueda confundirla con ninguna otra. Ejemplos: Cuando yo digo: *nombro mi heredero al inventor de tal aparato, ó al creador de tal institución benéfica, ó á los soldados del regimiento X*, pienso en personalidades fijas, que tienen existencia, que se me representan en la imaginación independientemente, que no se pueden confundir con otros individuos. Pero si digo, por ejemplo, *mando mis bienes á un inventor, á un filántropo, á los soldados*, no puedo creer que determino á nadie individualmente, ni que concibo una personalidad con distinción de toda otra. En el primer caso se trata de personas ciertas, en el segundo de inciertas. ¿Los pobres, se dirá? En su correspondiente sitio hemos indicado la razón de que este nombramiento sea admitido por la ley.

Reduzcamos ahora á una fórmula, más ó menos precisa, todo lo indicado. Son personas ciertas de presente «aquellas que el testador designa desde luégo, ó que podría designar, teniendo datos, por sus respectivos nombre y apellidos».

En todos estos casos, la institución hereditaria hace referencia á hechos anteriormente sucedidos, que producen en el testador la voluntad de dar sus bienes á la persona que los realizó ó que de cualquier manera tuvo parte en ellos. Vienen después los casos en que el testador prevé determinado acontecimiento,

y hace heredero ó legatario á una persona que ha de intervenir en su realización, ó que ha de reunir en aquel tiempo cierta cualidad. Ejemplos: *nombro mi heredero á quien en el curso de 1899-1900 obtenga el premio extraordinario de la Licenciatura de Derecho en la Universidad de... Lego la casa X al que sea Gobernador de... el día primero del próximo siglo.*

Aquí se trata indudablemente de personas en realidad inciertas. Cuando el testador las nombra no tienen determinación alguna; no puede en su imaginación representarse definidamente el individuo á quien se refiere la disposición. Por eso, el mismo Código las llama personas inciertas, aunque se puedan tornar ciertas con el tiempo. Pero la determinación entonces no es precisamente la de la persona, sino la del hecho á quien se refiere; el testador, de todos modos, ve este hecho con determinación, supone que sucederá, supone también que una persona ha de reunir ciertas circunstancias; es, en fin, objeto de una elaboración intelectual análoga á la de la determinación presente. ¿Qué diferencia hay entre una y otra de estas manifestaciones? Ninguna esencialmente.

La ley entiende entonces que el testador ha hecho una institución condicional. Diferénciase ésta de las que son tales verdaderamente en que hay inversión de términos, puesto que, en las últimas, la persona es previamente conocida, y lo desconocido la condición; mientras que en las primeras, antes se realiza la condición, ó al mismo tiempo que la designación de la persona. Podría decirse que es una doble condición: la de que acaezca el hecho, y la de que exista la persona. Pero volviendo á nuestro tema, ninguna diferencia esencial hay entre ambos casos: la voluntad del testador es conocida, el hecho posible y lícito, la determinación de la persona existe en relación con él, puede llegar á conocerse al individuo designado por el testamento; no hay motivo alguno para que la ley vede la disposición.

Con tanto menos fundamento podría prohibirse, cuanto que, en general, estas mandas tienen un fin benéfico digno de aplauso, y que sería injusto contener. Pero aunque se tratara de otro fin, de una manifestación cualquiera caprichosa, incluso de a condición absurda, siempre que no fuera inmoral, nada po , en buenas doctrinas de derecho, alzarse en contra suya.

Pothier supone que no es lícita la institución hecha p

pricho, partiendo del concepto falso de que la herencia se funda en el afecto, y de que no es posible autorizar instituciones que sean evidentemente de otra índole. Pero esta creencia de Pothier ha sido debidamente contradicha por otros célebres autores; y en realidad, carece de apoyo sólido.

Para Pothier y algunos que le siguen, una cláusula testamentaria dispuesta en esta forma: *Sea mi heredero el que ocupe la butaca tal, en tal teatro, el día de mi muerte*, no puede subsistir. Indudablemente, la institución del testamento tiene sus raíces en una razón de público decoro, que impone la necesidad de que se continúe honrosamente la obra de los muertos; pero ¿qué duda cabe de que por cima de esta consideración está la facultad del dueño de una cosa de disponer de ella sin limitación y aún diríamos que sin seriedad y por puro capricho? La ley puede impedir el testamento al loco, supuesto que falta la necesaria libertad de sus disposiciones, pero no puede en modo alguno poner límites al simplemente caprichoso, por no ser contraria á la facultad de disponer la forma extraña de la disposición. No es, pues, persona incierta, como Pothier afirma, sino perfectamente cierta, caso de realizarse el hecho, la que en efecto ocupe tal butaca el día en que el testador fallezca.

*
* *

¿Se necesitará, no obstante, en algún tiempo preciso, la existencia real de las personas? Una cosa es que la persona exista, y otra es que resulte determinada á los efectos del testamento. La condición de existencia parécenos indispensable. ¿Cuándo? A juzgar por lo que el art. 658 preceptúa, al tiempo de morir el testador. Pero este es otro efecto, expuesto á graves riesgos, y originado por la colocación indebida en este sitio del artículo que se refiere á la certeza del heredero ó legatario. De lo que hemos dicho, y de mucho más que podríamos aducir, despréndese la consecuencia de que las personas, para poder ser calificadas de ciertas, pueden existir en otros tiempos diferentes de aquel que muere el testador.

plazando para el art. 758 el desarrollo total de este asunto, amos ahora en cuenta dos consideraciones principales. *Pri-* que cuando la designación del heredero ó legatario se

hace sin referencia á hechos futuros, es condición precisa su existencia para suponer que tiene el testador la necesaria determinación. *Segunda:* que cuando se señalan hechos futuros para la determinación de la persona, es de necesidad imprescindible, por propia naturaleza del caso, y por su semejanza con la institución condicional, que exista en el momento de realizarse el hecho señalado. Consecuencia y resumen: la capacidad al tiempo de morir el testador, y por lo tanto, la existencia del instituído es siempre necesaria, de la propia suerte que en el momento de hacerse el testamento cuando se trate de determinación de presente, ó al tiempo de realizarse el acontecimiento señalado, cuando la determinación sea de futuro.

Por último, y en vista de lo que anteriormente hemos expuesto sobre la necesidad de determinación de la persona, para los efectos de la ejecución del testamento, conviene repetir que esta necesidad es tan imperiosa, que puede sobreponerse muchas veces á las condiciones en que el testador estaba colocado. Pudo éste comprender la designación del heredero muy determinadamente, ó pudo, por el contrario, no tener ninguna precisión en lo que pensaba y exponía, sin que en ninguno de ambos casos quepa recurrir á otra base para formar el juicio procedente que á las palabras de la cláusula. En el art. 773 nos detendremos más en esto, sobre que no es ahora necesaria la insistencia.

Se ve, en resumen, que la teoría de la incertidumbre, ó mejor dicho, de la incerteza, de las personas designadas en el testamento, redúcese á fácil expresión y comprensión. No obstante, repetimos que la materia es peligrosa; que no tenemos pretensión de haberla dominado por completo, y que las reglas formuladas exigen comprobación especialísima en cada caso práctico.

ART. 751. La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado.

Concordancias.—Semejante al art. 562 del proyecto de é igual al 748 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—I. *Consideraciones generales.—Fundamento del precepto.*—Constituye este artículo, al lado del 747 y del 749, la tercera de las excepciones establecidas por la ley en la doctrina de la certidumbre de los herederos. Tan incierta como la institución hecha á beneficio de los pobres, y más incierta aún que la del alma del difunto, es esta institución, en que se llama á los parientes sin designación de grado ni distinción de circunstancias.

Que es lógica y natural en muchos casos la disposición del testador en beneficio de sus parientes, sin indicación de cuáles han de ser, parece cosa indiscutible. Que la ley ha debido tomar en cuenta los justos motivos del testador para proceder así, que la indeterminación de la cláusula puede subsanarse de diversos modos, cumpliendo en todos ellos la voluntad manifestada, y que se debía, en fin, abrir la mano y tolerar la institución, como se ha hecho, también parece cosa justa sin necesidad de más explicaciones.

El Código ha empezado por reconocer la facultad de encomendar á una persona la designación de los parientes entre quienes se haya de distribuir la herencia (art. 671). No se necesitaba en las antiguas leyes esta expresa atribución, puesto que el testador podía siempre dar poder á otro para disponer su testamento según le pareciera. Quedaba la dificultad del caso en que el difunto hubiera instituido por sí mismo á la colectividad de sus parientes.

Nuestro proyecto de 1851 se había adelantado á decidir que «la disposición hecha simple y generalmente en beneficio de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente». El Código de Portugal vino á decir (art. 1.742): «La disposición hecha á favor de los parientes del testador ó de los de otra persona, sin designación expresa, se tomará como referente á los más próximos del testador ó de la persona indicada, conforme al orden de sucesión legal». También el de Méjico resuelve (ar-) 3.379) que la disposición vaga en obsequio de los parientes estador se entenderá hecha en favor de los más próximos, n el orden de la sucesión legítima. El de Napoleón y el ita- o permiten esta institución hecha indeterminadamente, á

no ser cuando se encomienda á alguien la elección de personas y la distribución de bienes.

Ahora bien: ¿es justo el medio de suplir la falta de determinación del testamento á que se acogen dichos Códigos, copiados por el nuestro en este punto? Nosotros entendemos que no. Si alguna influencia pudo tener en el pensamiento del causante la idea de los parientes á quienes instituía, hubo de ser por fuerza, la de aquellos á quienes conociera, á quienes tratara, ó de quienes simplemente tuviera noticias. Hasta aquí hay una ligera certidumbre en la institución, un algo más ó menos definido en la inteligencia, que puede autorizar la destrucción de la doctrina del precedente artículo. Pero, ¿qué determinación cabe en cuanto á los parientes de quienes no tenía ningún conocimiento, ni sospecha acaso? Hubiera sido preferible, por lo tanto, como en las instituciones de los pobres, encomendar á cierta persona ó á cierta junta la calificación de los parientes por su vínculo con el testador, por el conocimiento que éste tuvo de él, por las necesidades del sujeto, y por las demás razones que pueden distinguir, en la intención de un testador, los favorecidos y los no favorecidos en sus cálculos.

Claro es que esto daría origen para abusos, no más numerosos ni mayores en todo caso que los que autoriza el art. 749; pero, ¿no es también abuso que, por diferencias en el grado, un pariente conocido y tratado por el testador pierda la herencia, en beneficio de un advenedizo, de quien jamás se supo el parentesco? ¿Esta injusticia no puede aún adquirir más relieve cuando el favorecido es rico y el postergado no lo es?

Aparte de todo esto, en el conceder la herencia á los parientes más próximos en grado, parece que hay una inocencia extraordinaria, poco común en los legisladores. Porque, ¿qué sucedería si la disposición se declarara nula ó sin efecto? Que pasarían á los herederos de la sucesión *ab-intestato* los bienes respectivos. Pues si heredando *ab-intestato* los parientes sucederían ya por grados, ¿qué ha conseguido el legislador haciendo válida la institución testamentaria con el mismo fin? ¿No es éste un viaje del género de aquellos para que la frase de Castilla c innecesarias las alforjas?

*
* *

Dudas originadas por la aplicación de la doctrina del artículo.—Estudio de las más principales.

a) Singularidad ó pluralidad del grado.—Se entenderá, dice, *en favor de los más próximos en grado*. Pero, ¿ha de ser siempre *los*, ó puede ser uno solo? De otra manera: El grado á que se refiere el Código, ¿es sólo uno, *el más* próximo, ó pueden concurrir varios, *los más* próximos? Es indudable que convertir una disposición general *á favor de los parientes*, en disposición particular á beneficio de uno solo, es alterar el pensamiento del legislador; es sustituir la cláusula en que el testador nada decía, ó en que se refirió á múltiples personas, las que fueran, por una institución hereditaria del género corriente. ¿No repugna esto al ánimo que la ley tenía de respetar en lo posible la voluntad expresada por el testador, al instituir á *los* parientes? A pesar de las razones aducidas, y del plural que admite el Código, para resolver la duda en el sentido de la variedad de grados habría que fijar un límite, hacer en realidad lo que ni los Tribunales ni los comentaristas pueden: adicionar la ley.

b) Extensión de los grados de parentesco.—Segunda dificultad: ¿De qué grado máximo han de ser estos parientes? Ocurre, casi por instinto, contestar: del permitido por la sucesión *ab-intestato*. Pero, ¿no se extenderá á más grados? En la sucesión intestada se parte de un motivo limitado: el del supuesto afecto del difunto á sus parientes, que no puede pasar más allá de la idea que informa la presunción, mientras que en la herencia á que se refiere este artículo no hay límites, ni se trata de interpretar el supuesto cariño, sino la intención manifestada, con afecto ó sin él. Es la misma razón con que se permite instituir á pobres indeterminados, sin consideración á los motivos de la sucesión *ab-intestato*.

Estas consideraciones son tan fuertes que nos ponen en verdadera perplejidad: mucho más si se añade que esa sería una manera de que la disposición del Código tuviese alguna consecuencia práctica. Y, sin embargo, no nos decidimos á aventurar nuestra opinión en tal sentido. Antes creemos que, al hablar de
do en materia de sucesiones, el legislador pensó en los de la
esión *ab-intestato*, y que fuera de ellos hubo de repudiar la
itución hereditaria á título de vínculo con el testador. No se
de pasar en el parentesco de un grado más ó menos amplio:

fuera de él, ya no hay parientes. Cuando el Código habla de parientes, no puede considerar con tal carácter á todos ellos, extendiendo los grados hasta el infinito. Algún límite ha de tenerse necesariamente; y, á falta de determinación en el artículo, debemos suponer, por analogía, que ese límite es el mismo de la sucesión intestada.

c) *Afinidad y consanguinidad.*—¿El parentesco podrá ser de afinidad, ó sólo de consanguinidad? Esta cuestión nos parece sencilla. La afinidad no es verdadero parentesco, es analogía de él. Cuando en las leyes se habla sólo de parientes, los de afinidad no se consideran como tales. Y es mucho más seguro este aserto en la presente sección del Código, puesto que redactada toda al parecer por la misma mano, el art. 754 establece la distinción de los parientes y de los afines. El derecho que da el art. 751 se relaciona sólo, en consecuencia, con los vínculos de la sangre.

d) *Derecho de representación.*—Otra duda más. ¿Cabe el derecho de representación? No podemos aún anticipar ideas suficientes para comprender aquí la naturaleza verdadera de este derecho de representar. Consignaremos solamente que la representación supone, por parte del representado, un derecho propio de éste, no eventual. El que tendría aquí el pariente, en caso de vivir, no sólo dependería de la voluntad del testador, sino hasta de la sanción establecida por la ley. Falta, por lo tanto, la base más importante de la representación; y el Código ha hecho bien en separarse de su precedente de 1851, que, como hemos visto, establecía ese derecho.

e) *Institución á favor de los parientes de persona distinta del testador.*—¿Qué sucederá con la siguiente institución: *nombro herederos á los parientes de mi esposa?* El Código portugués considera válida esta institución, y con iguales consecuencias que la de los parientes del difunto. El nuestro es, sin embargo, terminante: *en favor de los parientes del testador.* Los motivos para respetar la institución son los mismos, y sin embargo, se la excluye. ¿Por qué? A nuestro juicio, por inadvertencia. Y aquí concurre otra particularidad. En la sucesi de los parientes del testador siempre hay recurso á que acuc en las reglas del *ab-intestato;* en la de los parientes de o persona, no hay más camino, dada la redacción del Código, q

considerar la institución como de personas inciertas, y por lo tanto, nula.

Procedimiento.—Como en los artículos 747 y 749 hemos hablado del procedimiento, también conviene aquí hacer alguna observación. En aquellos casos de instituciones á favor del alma y de los pobres, unas veces por no existir personas y otras por no considerarlas herederas individualmente, decidíamos que habría que acudir á las reglas de las particiones ordinarias, judiciales ó extrajudiciales. En el del presente artículo se trata de parientes que tienen derecho personal individual, una vez determinados; y el procedimiento necesario para la calificación de los que deben suceder y para la adjudicación de bienes, es el que determina el *tít. XI del libro II de la ley de Enjuiciamiento civil.*

ART. 752. No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

Concordancias.—Igual al art. 613 del proyecto de 1851 y al 749 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 15.ª, tít. XX, lib. X, Novísima Recopilación.*—Por el *Auto acordado, 3, tít. X, lib. V* de la *Nueva Recopilación*, se dispone lo siguiente: «La ambición humana ha llegado á corromper aun lo más sagrado, pues muchos confesores, olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es más, á los que están
rticulo de muerte, á que les dejen sus herencias con título
deicomisos, ó con el de distribuirlas en obras pías, ó apli-
s á las iglesias y conventos de su instituto, fundar capella-
y otras disposiciones pías, de donde proviene que los legí-
herederos, la jurisdicción real y derechos de la Real

Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y executan bastantemente enredadas, y, sobre todo, el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo, y aunque para ocurrir á todo convendría prohibir absolutamente á los escribanos hacer escrituras en que, directa ó indirectamente, resulten interesados los confesores ó les quede arbitrio para disponer de los tales bienes en su favor ó en el de sus Comunidades ó parientes, castigando con las penas de falsarios á los tales escribanos, dando por nulos los instrumentos, y que si de hecho contravinieren, queden aplicados los bienes á Hospitales y Colegios de Huérfanos, por ahora, teniendo presente haberse propuesto por los fiscales el remedio de este daño varias veces, particularmente el año de 1622, y haberse estimado la materia por de algunas dificultades, atendida la inmunidad y libertad eclesiástica, para poner la mano regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso ó concordato Pontificio; no obstante, contrayendo la duda á lo particular de algún género de mandas, comprehende el Consejo que las que hacen los fieles á sus confesores, parientes, religiones y conventos en la enfermedad en que mueren, por la mayor parte no son libres ni con las calidades necesarias, antes bien, muy violentas y dispuestas con persuasiones y engaños, sin algún consuelo del enfermo que las dexa en perjuicio de otros parientes suyos y obras más pías, y así acordó que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere á su confesor, sea clérigo ó religioso, ni á deudo de ellos, ni á su iglesia ó religión, para excusar los fraudes referidos; pues con esta moderada providencia no se restringe ni limita la piedad, porque al que le naciese de ella y de devoción, las podría hacer en todo el discurso de su vida ó si mejorare de la enfermedad, y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugestiones y fraudes con que le turban y truecan la voluntad contra la afección dictada por la Naturaleza en favor de la propia familia; y para conseguir este bien en universal beneficio de los vasallos, con seguridad en los medios de verle estable y permanente, ya sea por concordato ó asenso Pontificio, ó e tuyendo ley, se reservará su solicitud al tiempo en que S. mirase más bien dispuestas las cosas, y entre tanto el Con pondrá toda su aplicación al remedio en los casos particulare

que tenga noticia, castigando á los escribanos que contravinieren á lo que por este auto se les manda, y celando siempre sobre las justicias para que lo hagan guardar por los medios que están prevenidos en las leyes de estos Reinos.» Pero habiendo notado el mi Consejo, en los repetidos expedientes seguidos en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este Auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, me consultó el mi Consejo lo preciso y conveniente que era tomar providencia para que esta saludable ley se guardase en los Tribunales, y conformándome con su dictamen, se acordó expedir esta mi cédula, por la qual, con el fin de evitar descuidos y extrañas interpretaciones en la observancia del citado auto acordado, mando á los Tribunales y Justicias que todos la cumplan según su literal tenor, arreglándose á él en qualesquiera determinaciones que dieren sobre los casos de que trata, baxo las penas que contiene, imponiendo, como impongo, la de privación de oficio á los escribanos que otorgaren qualesquiera instrumento en su contravención, pues desde luego declaro nulos los que se executaren en contrario.

Ley 16, lib. X, tit. XX de la Novísima Recopilación.—Con motivo de un recurso quejándose de que ciertos testadores, con intervención de su confesor, habian dejado sus bienes, á pretexto de fundación de obra pia, á un convento de que era individuo, con manifiesta nulidad y contravención de la ley precedente, llegué á entender el abuso con que los Tribunales eclesiásticos se introducen á conocer de las nulidades de estas disposiciones que reclaman las partes, declarándose Jueces competentes, inhibiendo á las Justicias ordinarias, y tomé la providencia que tuve por conveniente sobre dicho recurso, mandando encargar á mi Real Chancillería de Valladolid no permitiese en adelante que los Tribunales eclesiásticos tomasen semejantes conocimientos de nulidades de testamentos, inventarios, secuestros y administración de bienes en iguales juicios reales en que dos son actores, aunque se hubiesen otorgado por personas lesiásticas, y algunos de los herederos ó legatarios fuesen omunidad ó persona eclesiástica ú obras pias; pues todos, como

verdaderos actores al todo ó parte de la herencia, que siempre se compone de bienes temporales y profanos, debian acudir ante las Justicias Reales ordinarias, por ser, además de las razones expuestas, la testamentifacción acto civil sujeto á las leyes Reales, sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las leyes prescrita la forma de su otorgamiento: y que los recursos de esta naturaleza se pasasen á mis Fiscales residentes en aquella Chancillería para que defendiesen la Real jurisdicción con el zelo y doctrina que debian por sus empleos, dando cuenta al mi Consejo en los casos que la vieren perjudicada. Pero considerando que la observancia de esta mi Real delideración debe ser unánime y conforme en todos mis Tribunales, y celarse su cumplimiento por las Justicias ordinarias y demás personas á quienes toque, por lo mucho que importa excusar á mis vasallos la fatiga de litigar fuera de sus propios Jueces ordinarios y de seguir recursos de fuerza y competencia, tuve á bien mandar expedir esta mi cédula, por la qual mando á todos los Tribunales y Justicias guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir, la citada resolución, dando las providencias que convengan.

Real cédula de 30 de Mayo de 1830.—Don Fernando VII.....: he tenido á bien mandar que la prohibición de mandas contenidas en la *ley 15, tít. XX, lib. X* de la *Novísima Recopilación* se extienda á las de herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos. Asimismo he venido en mandar se lleve á efecto y circule la soberana resolución de mi augusto padre, en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederos á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por vía de mandas ó legados señalen algunos sufragios, ó de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse éstos á los confesores en la última enfermedad, ni á sus parientes, y si fuesen religiosos, ni á sus religiones ni conventos; debiendo en los casos en que se contraviniere á esto, heredar lo así dejado los parientes que, según derecho, sean herederos *ab-intestato;* y en su defecto, será destinado todo á otras obras piadosas que señalarán las justicias, á quienes encarguen velen sobre este asunto, é impongo privación perpetua de oficio al escribano que autorice testamento ú otra última voluntad contra esta mi Real disposición.

COMENTARIO.—*Antecedentes patrios del precepto.*—Llegamos á una disposición justificada en nuestro Código, no sólo por respeto á otros extranjeros, sino por una larga historia propia, de abusos y de males, que durante largo tiempo produjeron perturbaciones dolorosas, y contra los que se levantaron muchas veces, de tres siglos á esta parte, las quejas de los Tribunales y los esfuerzos de los legisladores.

Habíase consolidado en la Edad Media el poderoso influjo de la religión católica; hallábanse por todas partes en manos de la Iglesia las mayores masas, y las más valiosas, de la propiedad territorial, é iban entrando ya, de día en día, en la conciencia pública las convicciones que habían de abrir paso, al cabo de los tiempos, á la tarea desamortizadora de este siglo. Originóse entonces un vivo movimiento de atención hacia las causas que habían producido tan enormes acumulaciones de riqueza, y pudo observarse fácilmente que si en muchos casos se justificaban por el celo y la generosidad de los donantes, debíanse también, en no pocas ocasiones, á influjos incorrectos, á astucias y egoísmos con que innumerables eclesiásticos aprovechaban en sentido material y puramente utilitario la misión divina que les corresponde sobre el alma de los fieles.

«La ambición humana, decía el auto de la *Nueva Recopilación* inserto en los *Precedentes legales*, ha llegado á corromper aun lo más sagrado; pues muchos confesores, *olvidados de su conciencia*, con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es más, á los que están en artículo de muerte, á que les dejen sus herencias... de donde proviene que los legítimos herederos, la jurisdicción Real y los derechos de la Real Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan bastantemente enredadas, y sobre todo, el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo.» «Las mandas que hacen los fieles á sus confesores—dice en otro lugar el mismo Auto, — por la mayor parte no son libres ni con las calidades necesarias, antes bien muy violentas y dispuestas con persuasiones y enga-

sin algún consuelo del enfermo que las deja, en perjuicio
tros parientes suyos y obras pías.»

Dedúcese de estas razones que el mal había llegado á ser
grande; que comprendía por igual herencias, donaciones
gados; que del mismo modo se empleaban la sugestión y el

artificio junto al hombre sano que á la cabecera del enfermo, y que el Consejo Real consideraba necesaria una medida general, amplísima, que prohibiera de una vez y en absoluto todas aquellas escrituras en que resultara beneficio para el confesor del otorgante, ó para sus comunidades ó parientes. Creyóse, sin embargo, muy delicada la materia, por lo que con ella se rozaban la inmunidad y la libertad eclesiásticas; y el pensamiento de un precepto general vino á reducirse á la particular prohibición del solo caso de mandas hechas por los fieles á los confesores ó á sus parientes, religiones y conventos, en la enfermedad postrera ó determinante de la pérdida de la vida.

Disposición tan justa y tan rigorosamente establecida como ésta, no tuvo, sin embargo, punto de eficacia en todo el tiempo transcurrido desde la Nueva á la Novísima Recopilación. En pocas materias del derecho patrio sería tan curiosa é instructiva, si cupiera en el carácter de esta obra, la investigación de los recursos infinitos á que se acudió desde el primer momento para eludir la prohibición y para relegarla á aquel *olvido y total abandono* que lamenta la *ley 15.ª, tít. XX, libro X de la Novísima*, en donde se volvió á insertar el Auto antiguo y á disponer, con órdenes severas, su observancia.

La *ley 16* del mismo libro y título se hizo cargo, para prohibirlo terminantemente, de uno de los abusos más notables: el que consistía en hacer mandas á las comunidades religiosas á pretexto de obra pía, y en encomendar después la decisión de los litigios á los Tribunales eclesiásticos, con daño y menosprecio de la Real jurisdicción. Por Real cédula de 13 de Febrero de 1783, como ya se había dispuesto en otras anteriores del mismo año, confirmáronse una vez más dichos preceptos y se encomendó severamente á las justicias la necesidad de hacerlos eficaces, con especialidad en Puebla de Sanabria, donde esta cuestión había sido origen de desórdenes.

Pero los males iban aumentando sin que las leyes consiguieran *evitar los medios indirectos y los amaños* escandalosos con que se burlaban sus disposiciones; y como estaba sin cumpl' también el ofrecimiento hecho en el Auto de que, cuando las sas estuviesen bien dispuestas, se acudiría al daño en gener por ley ó por concordato con la Santa Sede, hízose neces rio promover otro expediente á dichos fines, que, comenza

en 1806 y suspendido luégo con motivo de las turbulencias de la época, vino á ser resuelto al fin por la célebre Real cédula de 30 de Mayo de 1830. Se amplió en ella á la herencia la prohibición establecida sobre los legados; se dispuso que los confesores y sus parientes, religiones y conventos no pudieran encargarse de disposición testamentaria alguna de las que se hicieran en favor del alma ó para pago de sufragios, y se afirmó otra vez, por consecuencia, la doctrina misma en que después se ha fundamentado el art. 752 del Código civil.

*
* *

Antecedentes extranjeros del precepto.—Hablábamos también anteriormente de otros Códigos en cuyas disposiciones han tenido confirmación más ó menos amplia estos preceptos. Efectivamente, ya el art. 909 del Código Napoleón dispuso que los ministros del culto «que hayan asistido á una persona en su última enfermedad no podrán aprovecharse de las disposiciones entre vivos ó testamentarias que aquélla hiciera á su favor mientras estuvo enferma». Del mismo modo, el de Portugal ordena (art. 1.769) «que no producirán efecto las disposiciones testamentarias del enfermo á favor de... ó de los confesores que le auxiliaren en los últimos momentos, si muriese de aquella enfermedad». Y el de Méjico dice (art. 3.434): «Por la misma razón en que se funda el art. 3.432 (esto es, por presunción de influjo contrario á la libertad del autor de la herencia) son incapaces de heredar... y el ministro de cualquiera culto que asista al difunto en la última enfermedad, á no ser que fuesen también herederos legítimos.»

El Código italiano es una excepción en este punto. Precedióle en ella el Albertino, donde después de vivas discusiones de la Comisión, por nueve votos contra ocho, se decidió no dar cabida á la disposición del Código francés. El proyecto Cassinis volvió á incluir el precepto; dejósele nuevamente fuera en el
l ecto Pisanelli; reapareció otra vez en el proyecto senatorio,
y ' fin y al cabo, después de grandes discusiones, en las que
l erutti alzó su voz constantemente en contra del artículo,
é uedó definitivamente suprimido.

viene conocer á grandes rasgos las razones más impor-

tantes empleadas en la argumentación de unos y de otros, desde que las inició el Código Albertino. Debe permitirse que el confesor herede—dicen unos—aun reconocido el ascendiente que disfruta sobre el enfermo, porque de su intervención testamentaria puede resultar, como sucede en muchos casos, la restitución de cosas robadas á sus dueños. En primer lugar—dicen los contrarios,—el encargo de la restitución se puede hacer á otras personas. En segundo término, estándoles, como les está recomendado por los cánones á los eclesiásticos, que no acepten herencias, es cuestión de orden público la prohibición para preservar al clero de imputaciones calumniosas y para evitar la presunción de que el testador tuviera cosas usurpadas.

Pisanelli argumentaba que, para sostener la incapacidad del confesor, como la del médico, habría que establecer otras muchas incapacidades más: el socio ó el amigo que viven con el testador y le acompañan, el criado que le asiste, y con mucho mayor motivo la sirviente. Y ¿dónde se debería detener el legislador, entrando en tal camino? Por último, Precerutti hizo comprender que estas incapacidades, fundadas solamente en una sospecha, son odiosas y representan una gran injusticia en contra de clases enteras de ciudadanos justos y beneméritos.

En medio de todas estas razones, nos permitiremos nosotros pensar por nuestra cuenta que si las prohibiciones del médico y del farmacéutico, como otras de las que indica Pisanelli, envuelven una injusticia poderosa y poco razonable, la prohibición del confesor se impone por los antecedentes de la historia, en nuestra patria al menos, con una fuerza irresistible. No son los tiempos que corremos tan propicios como pudieron ser antiguamente para los abusos de los eclesiásticos en la confesión; pero no hay que echar en olvido que en los actuales momentos nótase una acentuación de los sentimientos religiosos.

Merced á la reacción iniciada, el sacerdote va interviniendo otra vez, como hecho general, en la familia y en la casa; y aunque el pensamiento desamortizador de bienes sigue todavía disminuyendo la intención de darlos á la Iglesia, aun en conciencias inclinadas á esta solución, los casos de aquellas sustituciones y de aquellos fraudes con que «se turba y trueca la voluntad, contra la afección dictada por la naturaleza en favor de la propia familia», no han desaparecido por completo. Llegan á

los Tribunales todavía protestas motivadas en hechos de esta índole; y es de presumir que, á falta del precepto, serían numerosas las herencias dejadas á los confesores, no como *mercedes de piedad y devoción*, sino como producto de la sugestión de los enfermos.

*
* *

Generalidad del precepto.—Conformes en principio con la prohibición, no estamos de acuerdo, sin embargo, con la generalidad establecida por el Código, mayor que la de todos sus concordantes extranjeros, excepción hecha del Código guatemalteco. Jamás se va contra la mala fe sin daño de la buena; pero cuando la regla general es ésta y la excepción aquélla, no puede autorizarse una medida tan extensa que por igual límite á ambas. El legislador ha de atender entonces preferentemente á deslindar terrenos, á esterilizar el productor de malos frutos, y á favorecer y mejorar el fértil y beneficioso; é incurre, en otro caso, en la injusticia enorme de que se quejaba Precerutti, por confundir y sujetar al mismo tiempo la buena fe y la mala.

a) Inexistencia de parientes del testador.—La presunción de influjo sugestivo sobre el paciente se puede destruir mediante reglas acertadas, solemnidades y requisitos especiales que aseguren la voluntad del testador. Si esto es difícil de llevar á cabo eficazmente, cabe la solución de prohibir en general las disposiciones sugestivas, encomendando al juicio de los Tribunales, lo mismo que se hace en muchos otros casos de igual índole, la apreciación de pruebas y la declaración de nulidad. Todo menos afirmar la presunción *iuris et de iure,* y declarar que las disposiciones hechas en beneficio de los confesores, de sus parientes ó de sus iglesias, son siempre sugestivas. De esto resultan graves consecuencias que vamos á indicar.

Ante todo, el Código prescinde del principal motivo que origina y sostiene la prohibición: el de que el testamento se haga *en contra de la afección dictada por la Naturaleza en favor de la propia familia.* ¿Cómo se puede declarar nula la disposición moribundo, cuando, haya ó no sugestión, no lleva desorden juicio á los parientes en contra de los cariños emanados de turaleza? Si no hay entonces daño prohibido, ¿qué interés el legislador en que la disposición se haga ó no se haga en

ciertas condiciones? Pueden presentarse casos en que, de caber alguna presunción, sería la de la libre voluntad testamentaria; y, sin embargo, todas se prohíben, sin distinción ni condiciones.

Supongamos un testador que muere sin parientes, ó con parientes de lejanos grados, sin derecho á suceder *ab-intestato*, de quienes al ordenar su voluntad no se acordaba y á quienes quizá no conocía. Cuando se trata, por ejemplo, de evitar al hijo, al ascendiente, al viudo ó al hermano el mal de un testamento ordenado sugestivamente en contra suya, la disposición legal que lo prohíbe es lógica. Pero si ninguno de esos intereses sufre daño al favorecer al confesor, personalmente ó en la colectividad de que es partícipe; y si, como sucede por regla general, se trata de individuos privados de afectos familiares, lleno su espíritu de entusiasmo religioso, ¿qué tiene de extraño y de ilícito la voluntad testamentaria, ni con qué derecho se perturba, á beneficio de personas que no estaban en condiciones de merecer la preferencia?

Algunas veces es tan natural el pensamiento de favorecer al confesor, y más especialmente á la entidad de que éste es miembro que no se concibe en forma alguna la posibilidad de sugestión. El sacerdote que dispone de sus bienes en beneficio de la iglesia de cuya dotación forma parte, y á la que pertenece de igual modo el confesor; el canónigo que hace heredero á su cabildo, el religioso que instituye á su comunidad, ¿podrá pensarse que obran cohibidos por la influencia de los confesores, amigos y coasociados suyos, y deberá hacerse consistir la validez del testamento en que recuerden la necesidad de renunciar, en los momentos más solemnes de la vida, al compañero y confesor de siempre?

b) Parentesco del confesor con el testador.—Vienen después los casos en que, por razón de parentesco, ya que no de amistad y de compañerismo, el confesor tiene un derecho más ó menos eficaz y extenso á recibir la herencia. En este punto nuestro Código ha padecido una omisión inexplicable, dados los precedentes de otros pueblos. «Se exceptúan, dice el Código francés, s
disposiciones universales en caso de parentesco hasta el cu
grado, siempre que el difunto no tenga otros herederos en l
recta, ó que se encuentre en este número aquel en cuyo bene

se hizo la disposición.» Esta prohibición no alcanza, dice el portugués, á «las disposiciones, ya por título universal, ya particular, en favor de los parientes del testador hasta el cuarto grado inclusive, no existiendo herederos legítimos.» Y dice, por último, el mejicano: «...Son incapaces de heredar... á no ser que fueren también herederos legítimos.»

El razonamiento de estas disposiciones es indudablemente el mismo que antes hemos hecho. Cuando hay herederos legitimarios, y la intervención del confesor puede suponerse interesada en daño de ellos, prohíbese atinadamente el beneficio de éste. Pero cuando los parientes son ya de otros grados, más ó menos próximos que el del confesor, y todos sin derecho de sobreponerse á la voluntad manifestada en testamento, ¿por qué impedir que el sacerdote herede, ó por qué obligarle, cuando menos, á sujetarse al orden y á los límites de la sucesión *ab-intestato*? En primer lugar, la sugestión no es presumible en la mayor parte de los casos; en segundo lugar, ningún daño se produce de los que se pretende prohibir.

En cuanto á los parientes legitimarios, puede surgir una dificultad, por esta falta de previsión en el artículo. De su derecho á la legítima no cabe duda, porque ni le quita ni le pone nada, en sus condiciones esenciales, la circunstancia de la confesión; pero en aquellos otros bienes de fuera de legítima que el testador pudo mandarle con libre facultad de disponer, el lazo de la confesión ¿afectará al derecho? Raro es el caso de que el ascendiente sea confesor del descendiente y viceversa; pero si se presenta alguna vez, nosotros entendemos que la confesión hace imposible, interpretando rectamente el precepto, la adquisición de bienes fuera de legítima. ¿No pensaría el redactor del Código en esta monstruosa consecuencia?

Existe, además, en semejantes casos la particularidad de que no es posible, pensando buenamente, acudir al conocido remedio de que se encargue de la confesión otra persona. Unas veces el confesor ignorará que la institución ha sido hecha ó que se nsa hacer en su favor; otras, su intervención será insustituí-, por falta de otro sacerdote cerca; en último lugar, el parenco puede ser tan próximo, los lazos del cariño tan puros y tan nes, el sentimiento del deber tan hondo, que el interés utilitale la sucesión no triunfe, en horas tan sagradas y junto al

lecho del dolor del moribundo, de la necesidad espiritual que nos impone el cambio de esta vida por la otra.

Confesor no habitual.—Hay también muy señaladas circunstancias en que, favorecidos en el testamento el confesor ó sus parientes ó su iglesia, carece de toda relación este hecho con la voluntad del testador. Puede ocurrir que el testamento ya esté otorgado cuando el enfermo sea oído en confesión, y puede, en todo caso, suceder, y en realidad sucede, que el confesor cumple su encargo por meros accidentes, ó por necesidad ineludible, sin posibilidad de que se ocupe en preparar y dominar la voluntad del penitente. ¿Quién concibe que el confesor no habitual, el que por primera vez entra en la casa cuando el enfermo ya está grave, rodeado de sus amigos y sus deudos, tenga facilidad de ejercitar ninguna clase de influencias sobre aquel ánimo abatido?

Dos sentencias del Tribunal Supremo se han dictado en casos de esta índole, y desgraciadamente en dos sentidos bien contradictorios. En el primero, se trataba de un sacerdote que confesó al enfermo por turno parroquial, después de estar nombrado en testamento para distribuir los bienes con arreglo á instrucciones reservadas; y el Tribunal Supremo, si no de una manera expresa, vino tácitamente á decidir (sentencia de *29 de Abril de 1873*) que supuesto que la institución sea favorable al confesor, nada significa la circunstancia de haberlo sido accidentalmente.

En el segundo caso se trataba de cierto sacerdote de una aldea que, enfermo mucho tiempo, había designado para que fuese su albacea, con el encargo de aplicar á misas ciertos bienes, al que desempeñara el día de su muerte la parroquia; habiendo ocurrido que, con posterioridad al testamento, fué nombrado párroco el sacerdote con quien el testador se había confesado muchos años. El Tribunal Supremo dijo entonces que el nombramiento de albacea no había sido personal, sino agregado á un cargo que correspondió por accidente al confesor; caso que no estaba comprendido en el espíritu de la Real cédula de *30 de Mayo de 1830*. En esta contradicción de la doctrina, nosotros resolvemos sin vacilación que no hay manera, prestando al Código debido a tamiento, de considerar válida la disposición, sea cualquier causa por que interviniese el sacerdote á quien resulta favora

* * *

Ultima enfermedad.—Examinado ya el artículo en sus aspectos generales, entremos ahora en los particulares, empezando por la circunstancia de que el testamento se haya hecho durante la *última enfermedad* del testador. Recordaremos, ante todo, aquel propósito, en que se inspiró desde un principio la legislación de esta materia, de prohibirse por igual toda escritura en que la voluntad del otorgante pudiera hallarse sometida á las imposiciones de los confesores. Efectivamente; el mal que se produce por la sagacidad de algunos sacerdotes surge del mismo modo en el confesonario y en la casa, sobre el hombre sano que junto á la cabecera del enfermo. Creemos, en consecuencia, que para proceder con lógica y para combatir el daño en todos sus orígenes, ha debido el Código, siguiendo el precedente de los propósitos expuestos en las antiguas leyes, y aprovechando, las relaciones de cordialidad que existen hoy entre la Iglesia y el Estado, prohibir también toda donación *inter vivos* á beneficio de los confesores.

Lamentemos en seguida la forma demasiado vaga con que se alude por el Código, lo mismo que sucede en otros extranjeros, á la enfermedad del testador. ¿Qué se quiere expresar con la frase: *última enfermedad de una persona?* ¿Se trata de la enfermedad aguda, de los períodos graves, de los últimos momentos, como dice el Código de Portugal, ó cabe también tomar en cuenta las enfermedades crónicas, duren lo que duren, y permitan ó no al enfermo consagrarse á sus ocupaciones?

Dos veces se ha planteado en casación este problema. Discutíase la vez primera si una afección reumática que el testador había padecido varios años, y durante cuyo proceso morboso la voluntad testamentaria fué otorgada, bastantes meses antes del fallecimiento, podía ser la enfermedad determinante de la prohibición. Se discutía al própio tiempo si la afección sufrida á última hora era una agravación de aquel reúma ó un mal nuevo, y si en el primer caso debía entenderse como enfermedad, á los efectos de la ley, la que se padecía al otorgar el testamento, ó s 'a agravación que preparó la muerte. El Tribunal Supremo, e ntencia de *24 de Diciembre de 1866*, estableció doctrina en e ntido de que, no estando demostrada la nueva enfermedad a 'a de que partía el recurrente, debía considerarse prohibida

la institución del confesor durante todo el tiempo que duró el mal crónico á que la muerte fué debida.

También en el recurso promovido con posterioridad, que dió origen á la sentencia de *22 de Diciembre de 1884*, tratábase de una persona que hizo testamento tres años antes de su muerte, cuando sufría ya la enfermedad que la llevó al sepulcro, y, por otro lado, de un pariente de la testadora, que, fundado en esa y otras consideraciones, pedía que se declarase nula la disposición testamentaria en que resultó favorecida la comunidad de padres misioneros á que pertenecía el confesor de la difunta. El caso era, pues, idéntico al antes referido; pero el Tribunal Supremo, aficionado, como siempre, á dar de vez en cuándo alguna novedad á sus doctrinas, consideró oportuno resolverlo declarando que la ley se refería sólo á «aquellos testadores que se encuentren en peligro de perder su vida, que es cuando el confesor puede influir más en su ánimo», y que el estado de la enfermedad sufrida en este caso por la testadora, al consignar su voluntad solemnemente, no era el indicado, toda vez que salía de su casa y ejecutaba actos de no enferma.

Por fortuna, esta aparente contradicción del Tribunal Supremo, estableciendo dos doctrinas que, por otra parte, son igualmente inadmisibles, responde á un fondo de justicia muy exacto. Asegurando la primera de las dos sentencias que la enfermedad puede ser crónica y de duración indefinida y declarando la segunda que la ley alude al próximo peligro de la muerte, ambas se ajustan, sin embargo, á las exigencias de cada uno de los casos debatidos, de un modo inexacto en la fórmula sólo.

Las enfermedades de que se muere una persona *(enfermedad de que uno muere,* decía la Novísima) son tan largas en muchas ocasiones que llenan la vida por entero. Nacen algunas veces con el individuo, se desarrollan por procesos dilatados, manifiestan el cuadro de sus síntomas con mucha lentitud y se prolongan años y más años. Á estas enfermedades pertenecen todas las hereditarias, ó, más en general, todas las llamadas constitucionales, que vienen con el individuo al mundo, en germen por lo menos. Siguen después las enfermedades adquiridas con posterioridad al nacimiento, por causas infinitas, y prolongadas tan por largos períodos, enfermedades que se llaman determi-

mente crónicas. Por último, está la enfermedad aguda, obediente á causas de momento y rápida en desarrollarse y resolverse.

Ahora bien: de todas estas enfermedades se puede *morir uno;* todas son, pues, últimas, y á todas debe referirse por igual la ley. Pero, ¿no habrá momentos especiales en que aquella sea aplicable, y otros momentos en que no lo sea? ¿Podrá sostenerse que, en las enfermedades constitucionales, por ejemplo, el testador no ha sido capaz nunca de disponer el testamento á beneficio de los confesores? ¿Empezará el imperio de la ley al aparecer indefinida y vagamente el mal, ó habrá que partir de algún momento caracterizado de él, de una mayor ó menor acentuación de sus manifestaciones progresivas?

En realidad, si hubieran de buscarse los comienzos de las enfermedades para la determinación legal, tropezaríase constantemente con dificultades invencibles de hecho. Por otra parte, la ley supone en el enfermo una situación difícil, delicada, en que abatido el pensamiento, dócil la voluntad y abierto el corazón, el hombre cede fácilmente á las indicaciones que recibe. Este momento no es tan grave que constituya perturbación intelectual, puesto que si ésta se presenta, ya no se puede hablar de testamento; pero no es tampoco tan sencillo como el primer período de las enfermedades constitucionales y demás de larga duración, idéntico al del hombre sano, y digno, por lo tanto, de que la ley suponga el libre juicio necesario para no ser sometido fácilmente á extrañas sugestiones. Ha de haber, en fin, llegado á cierto punto el mal, punto en que el dominio de la voluntad sea más fácil que en condiciones ordinarias; y, á juicio nuestro, será aquel en que el enfermo empiece á darse cuenta de su estado, á desechar las esperanzas de curación y á preocuparse del arreglo de sus cosas para el porvenir. Entonces es cuando decae el ánimo, cuando á sustituir á la esperanza entra la fe y cuando las indicaciones insistentes, la intranquilidad de la conciencia y el miedo á la otra vida, deciden fácilmente las inclinaciones del enfermo *en contra de las afecciones que dicta la naturaleza.*

Ese criterio resulta un tanto elástico, y no evita que ocurran dificultades graves en la práctica para su aplicación á caso de debate; pero el inconveniente se deriva de ser

cuestión de simple hecho la que examinamos, y no poderse resolver con fórmulas. Igual defecto ofrecería todo otro criterio; y entre los dos sentados por la jurisprudencia, parécenos el nuestro más amplio y más seguro; menos expuesto, sobre todo, que los del Tribunal Supremo á una rectificación en cada caso nuevo de dificultad.

La circunstancia de que en la mayoría de las ocasiones proceden de personas de avanzada edad las disposiciones favorables á los confesores, ó á sus iglesias y parientes, oblíganos á recordar ahora la *senectud*, como determinante de la muerte en muchos casos, de que diariamente certifican los facultativos. Esta senectud de que se muere, ¿es una enfermedad á los efectos de la ley? Si lo es, ¿cuándo ha de empezar á revestir este carácter, para determinar la prohibición testamentaria?

En realidad, la senectud no pertenece al orden patológico, sino al fisiológico. Ningún achaque de los que acompañan á la longevidad tiene eficacia para producir la muerte por sí mismo. Es más, ninguna es causa, sino efecto, del desequilibrio funcional. La naturaleza tiene señalado un límite á la vida; divide, además, ésta, en tres períodos, al último de los cuales corresponde el descenso, la decrepitud, y al fin y al cabo, el estacionamiento. La vida acaba entonces por falta de energías físicas, por imposibilidad puramente natural de sostener el movimiento orgánico.

Sin embargo, para los efectos de la ley, ha de entenderse que la senectud es una verdadera enfermedad; *primero*, porque la acompañan síntomas morbosos de más ó menos importancia; *segundo*, porque produce la muerte; *tercero*, porque se refiere precisamente á la época en que la debilidad intelectual de las personas es mayor, y la posibilidad de sugestiones más acentuada; y *cuarto*, porque se abriría inmensa puerta al fraude entrando á discutir en cada caso si las dolencias de los testadores obedecían á la senectud ó á enfermedades verdaderas. Los motivos apuntados nos resuelven á considerar comprendida dicha causa en las palabras de la ley, y por lo tanto, que se deberá tomar en cuenta aquel momento en que la muerte se aveci juicio del decrépito, con las condiciones que hemos señala toda enfermedad.

El calificativo *última*, que la ley emplea, origina ta-

varias cuestiones de que conviene hacer mención. Supone el Código que, durante las enfermedades graves, el influjo de los confesores puede determinar un testamento injusto. ¿Hay ahora alguna diferencia esencial en cuanto á la posibilidad del fraude y al fundamento de la prohibición, según que el testador fallezca ó cure? ¿Por qué se anula la disposición cuando la enfermedad conduce á fatal término, y no cuando se resuelve favorablemente, á pesar de que los motivos de la nulidad lo mismo existen en un caso que en otro? ¿O debe tener la ley mayor alcance, interpretada por su espíritu, del que se supone por su letra?

Si el testador sana por completo—ha podido pensar el legislador,—si recobra la necesaria libertad de juicio, y si en calma y serenamente confirma la disposición del testamento, en el hecho de no otorgar otro nuevamente, el motivo de la nulidad queda de lado, y el caso se reduce al de los testamentos hechos en la plenitud de facultades, no prohibidos por las leyes. Pero esta presunción no se realiza en muchos casos, por incuria, por otras mil dificultades que abrumen al testador; y entre ellas, merece nuestro examen la de que, curada la primitiva enfermedad, durante la que se hizo el testamento, llegue á morir después el testador á consecuencia de otra dolencia, antes de haber readquirido la imprescindible libertad moral para la revocación del acto.

Tres casos importantes pueden ocurrir: el de la recaída en la convalecencia, el de que durante la misma se contraiga un nuevo mal, y el de que, á consecuencia de la enfermedad en que se hizo el testamento, haya quedado el testador sin condiciones para reformar su obra. En la convalecencia de una pulmonía es fácil que la enfermedad se reproduzca; durante igual período cabe que se presente otra distinta; puede también suceder que el fallecimiento del enfermo se deba á una complicación morbosa de género distinto de la afección primeramente padecida; y no es tampoco raro que, á consecuencia de una eri[illegible]la del cuero cabelludo, por ejemplo, sane el enfermo, pero le imbécil. En todos estos casos, la enfermedad en que se ron el testamento y la confesión no fué la última, ó pudo no serlo; ¿se entenderá, por tanto, que la disposición no es [illegible]ble?

Nosotros entendemos que el pensamiento del artículo es prohibir en todo caso la disposición testamentaria mientras subsistan los motivos que fuerzen á presumir la sugestión del confesor; y, en consecuencia, aun extendiendo un tanto los términos literales del precepto, consideramos que la enfermedad se llamará la última, cualesquiera que sean las modificaciones patológicas que hayan ocurrido, mientras el testador no llegue á estados de salud completa que le permitan definir su juicio y dedicarse libremente á enderezar sus hechos. La circunstancia de morir el testador, después de cometido el fraude, por la misma enfermedad ó por otra, no modifica esencialmente la situación jurídica creada, ni puede determinar ninguna diferencia de preceptos.

*
* *

Confesión.—Limitación del artículo á la realización de este acto religioso.—Ya hemos señalado antes varias deficiencias de la ley, en cuanto á las condiciones que se debieran haber establecido para limitar á su debida esfera la prohibición, y no confundir la intervención directa con la no directa de los confesores junto al penitente. Impórtanos ahora tomar nota, como postrera observación sobre el extremo que estudiamos, de que tampoco se hayan distinguido tiempos para considerar el testamento lícito ó ilícito según aquel en que la confesión se realizara. Cuando el testamento es anterior á la intervención del sacerdote, y cuando, por consecuencia, en circunstancias ordinarias la sugestión no pudo realizarse, ó se realizó con independencia de la confesión, parece que no hay base para prohibir la liberalidad.

Más lo parece todavía examinando la construcción gramatical dada al precepto. «Las disposiciones testamentarias que *haga* el testador... en favor del sacerdote que... le *hubiese* confesado.» Ambas oraciones están en subjuntivo, pero con relación á tiempos diversos; mientras la primera y principal emplea el presente, la posterior y secundaria, oración de verdadero complemento, usa el pretérito; y al *haga*, en que toma la frase su punto de partida, corresponde con el significativo *hubiese*, c denotando la anterioridad de este hecho sobre el otro. Esta terpretación gramatical resulta clara.

No nos decidimos, sin embargo, á suponer que ese c

verdadero pensamiento del legislador, cuando se empieza por no reconocer la distinción entre los confesores habituales y los no habituales. Cuando el confesor no es habitual y ejerce su misión después de haber otorgado el testamento, bien estaría que éste fuera válido, como antes hemos dicho; pero los habituales se debe suponer que influyen en el testador desde el primer momento, y que, aun sin intervenir directamente por ministerio propio de su cargo, pueden introducir las malas artes de su astucia en el sentido que la ley prohibe. Tengamos además en cuenta que la confesión de los enfermos va casi siempre precedida del otorgamiento de la última voluntad, por ser este acto menos imponente que el primero para quien le aconseja y para quien le realiza, y se comprenderá que de exigir la ley la previa confesión, muy rara vez serían eficaces sus disposiciones.

Pero esta conclusión nos pone en la necesidad de censurar al Código, que, apartándose de los modelos extranjeros y siguiendo al pie de la letra lo que en España se dispuso en tiempos muy distintos, limítase á la confesión, expresamente, para determinar por este hecho la presunción *iuris et de iure* contraria á la libertad del testador. El Código portugués habla de los confesores que le auxilien en los últimos momentos. Si fuera dudosa esta expresión, tenemos el Código francés, que se refiere al auxilio prestado durante la última enfermedad, y el mejicano, que así también se expresa claramente. Sólo el nuestro limita á la confesión la causa determinante de la incapacidad.

Así consta también en sentencia de *8 de Enero de 1896*, la cual establece la necesidad de que la confesión se haya efectuado, la realidad del Sacramento de la penitencia; y aunque concierne á la legislación anterior al Código, no hay para qué dudar—ni se ve razón en contrario—de que su doctrina es aplicable después de aquél.

Tratábase en la sentencia de un testamento, en una de cuyas cláusulas, el otorgante destinó una finca á las obras piadosas de un templo parroquial, facultando al párroco para vender aquélla de emplear su importe en obras y alhajas de la iglesia. Pro- ido pleito por unos parientes del testador en solicitud de la dad de la manda referida, fundándose en el hecho de haber esado el favorecido al testador, hecho que negó el párroco ndado, quien, absolviendo posiciones, declaró que sólo

había intentado confesarle dos ó tres veces, fué desestimada la demanda, é interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar á él, afirmando la siguiente doctrina:

«La *ley 15, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación,* que da por nulas y sin ningún valor las mandas que hiciese el testador en la enfermedad de que muriese á favor de su confesor, de los deudos de éste, su iglesia ó religión, no admite interpretación extensiva, según repetidamente ha declarado este Tribunal Supremo (1), y por ello, lejos de infringirse, dicha ley se aplica rectamente al estimar la validez del legado hecho á favor del párroco, puesto que, *si bien éste prestó al testador auxilios espirituales é intentó confesarle, no llegó á verificarse la confesión.*»

Como antes incidentalmente hemos indicado, el fraude más común, el más vulgar, el que á cualquiera ocurre á la simple lectura del artículo, es que el confesor habitual del difunto, el que de tiempo atrás ejerce sobre su conciencia la autoridad de que aquí se trata, cuide muy bien de que se encargue otro sacerdote de confesar al moribundo cuando el momento llegue. Con una disposición tan amplia como la de los Códigos citados, que abarca la asistencia al enfermo en todos sus aspectos, el fraude es imposible, porque ó el sacerdote desaparece de la escena y para nada influye sobre el testador, ó incurre en la prohibición de suceder desde el primer momento. No sólo la confesión: también la extremaunción, y simplemente la dirección espiritual deberían comprenderse en la ley para imposibilitar el fraude.

Ministros de cultos no católicos.—Otra dificultad más bien de carácter especulativo que práctico puede presentarse. La intervención de los ministros de otros cultos, reconocidos por la ley, ¿se someterá también á igual prohibición que la del *sacerdote* de la religión católica? El Código de Portugal habla de confesores; el de Napoleón de ministros del culto, sin distinción; el de Méjico decide expresamente que *el ministro de cualquier culto.* El nuestro emplea la palabra sacerdote, que sólo vi[illegible] tamente puede aplicarse á los ministros de confesiones rel[illegible] sas no católicas. Habla además de confesión determinadame

(1) Sentencia de 18 de Junio de 1864.

cuando los protestantes no la admiten, y mucho menos otras religiones y sectas. Hay, pues, que decidir que se refiere sólo á los ministros de la religión católica, con olvido de todos los demás.

***

Disposiciones favorables. —Su concepto y modalidades diversas.—Veamos ahora lo que significan las palabras *disposición hecha á favor*, ó más bien lo que se entiende por *disposiciones favorables*. En general, toda disposición testamentaria, herencia ó legado, debe considerarse favorable, no porque lo sea siempre en definitiva, sino porque es de esencia de la institución y fin y fundamento de ella el investir á una persona con bienes y derechos que pertenecían á otra, mientras que las cargas son sólo un accidente. Lo mismo la herencia que el legado deben, en su consecuencia, quedar comprendidas en el *favor* de que habla el Código.

a) Legado remuneratorio.—¿Estará prohibido también un legado remuneratorio? El Código francés y el portugués han establecido la excepción. «Las disposiciones remuneratorias, dice el primero, hechas á título particular, en proporción á la fortuna del causante y á los servicios que se le hayan prestado.» «Los legados remuneratorios, dice el portugués, de los servicios recibidos por el enfermo.» Tomados en su verdadero valor estos preceptos, comprendemos que no hayan sido seguidos por el Código de Méjico, y que tampoco se necesiten en el nuestro. Es indudable, por de pronto, que los servicios no remunerables, como, por ejemplo, el de acompañarle á ciertas horas, aconsejarle normas de conducta, etc., no pueden estar comprendidos en la excepción, so pena de destruir por completo la regla. Se trata sólo de los servicios remunerables por su naturaleza, y, naturalmente, se explica que, sin necesidad del legado, figuren como una deuda hereditaria ineludible. ¿De qué puede, pues, servir la facultad del testador? Sólo una utilidad cabe que tenga:

fijar el precio del servicio en cantidad más elevada, y facer al confesor con ello. Pero si se admite discusión, y si ya arte de la base de que la remuneración ha de ser proporcioá los servicios, y al mismo tiempo á la fortuna de los testalo mismo que sucedería en todo caso, ¿qué necesidad hay

de que la ley se ocupe del asunto? Creemos que Precerutti no había estudiado con detenimiento esta excepción, cuando la acusaba de grandes dificultades prácticas.

b) Legado de deuda.—También podría dar lugar á dudas el legado de deuda, sobre el que nada dicen los Códigos citados. ¿Qué sucederá si el testador hubiera dicho, por ejemplo: *debo á mi confesor tal cantidad, y le hago legado de ella?* Esta aparente dificultad se resuelve pronto. Si la deuda puede demostrarse con documentos ú otros medios, nada importa el legado, porque con él y sin él se cobrará; si no admite demostración, habrá de presumirse necesariamente que no es cierta la deuda, y se declarará nulo el legado.

c) Heredero fiduciario.—Había anteriormente una cuestión muy discutida, y en que los criterios de la jurisprudencia no eran dos, como desgraciadamente ocurre algunas veces, sino tres, la de si el confesor podría ser nombrado heredero fiduciario para distribuir determinados bienes con sujeción á bases reservadas. La sentencia de *18 de Junio de 1864* y la de *27 de Mayo de 1876* decidieron que sin dificultad ninguna era lícito instituir heredero al confesor para distribuir los bienes reservadamente, por no constituir esto herencia, ni legado, ni manda de sufragios en provecho suyo. Resolvió, por el contrario, la de *29 de Abril de 1873* que no era posible facilitar un arbitrio al confesor para realizar ó no actos prohibidos, que es á lo que conducen las instrucciones reservadas. La de fecha *24 de Diciembre de 1866*, sentó el criterio de que era preciso en cada caso conocer las circunstancias especiales del cargo conferido al confesor, y apreciar la posibilidad del abuso por el sigilo y la amplitud de las facultades concedidas.

Esta cuestión ha muerto al advenimiento del Código, puesto que la sustitución fideicomisaria para invertir la herencia con arreglo á instrucciones secretamente convenidas ha sido objeto de prohibición total en el cuarto número del art. 785.

d) Albaceazgo del confesor.—Antes del Código se había discutido también mucho sobre la posibilidad del albaceazgo en el confesor. La jurisprudencia, esta vez de acuerdo consigo misn resolvió, en sentencias de *18 de Junio de 1864*, *15 de Diciemb de 1865*, *24 de Diciembre de 1866* y *29 de Abril de 1873* que prohibición del albaceazgo, impuesta por la *Real Cédula de 18*

se referia al solo caso de que se diese encargo al confesor para distribuir los bienes por via de sufragios y obras piadosas. No creemos que después del Código subsiste la disposición: primero, porque nada se dice acerca de esto en la sección del albaceazgo; segundo, porque verdaderamente el albacea no recibe favor ninguno de la sucesión por el solo hecho de serlo, y además, porque en el caso de mandas genéricas para obras piadosas y sufragios, los bienes tienen ya una aplicación determinada (art. 747), la cual debe suponer la ley que no permite fraudes.

e) Encargos del testador no constitutivos de herencia, legado ó albaceazgo.—Aún queda por tratar esta cuestión. Cuando el confesor no es heredero, ni legatario, ni albacea, pero recibe determinado encargo del testador, ¿la disposición se entenderá favorable y prohibida? Descompongamos esta pregunta en otras particulares.

¿Puede el confesor ser nombrado patrono de una institución benéfica creada por el causante? En sentencia de *10 de Febrero de 1876*, el Tribunal Supremo declaró nula una administración de bienes que habia sido encomendada por término de sesenta años á clérigos de determinada iglesia, entre los cuales figuraba el confesor. Nosotros también creemos que toda comisión en donde el confesor, su iglesia ó sus parientes obtengan el derecho de manejar los bienes de la herencia, resulta análoga á una sustitución fideicomisaria expuesta á iguales males y necesitada de prohibición.

¿Será válida la disposición en que se encomiende al sacerdote, ó alguna de las demás personas que menciona el artículo, determinados servicios ó comisión remunerados? No hablemos ya de los servicios prestados al difunto, sino de los que habrían de prestarse después, á consecuencia de la disposición. Ejemplos: escribir una obra, pintar un cuadro, trazar los planos de un edificio, dirigir la educación de una persona, etc. Aquí no hay administración ni manejo de bienes, no hay nada lucrativo: ¿se puede entender favorable la disposición? A nuestro juicio, no. Habrá que cuidar de que el encargo sea propio de las condiciones del sujeto á quien aparece confiado, puesto que si se manda pintar un cuadro á quien evidentemente no sabe pintar, no debería creer prestado el servicio, ni intentado siquiera. Hemos advertir que si el testador señaló la retribución, su im-

porte sería discutible. Fuera de esto, no puede haber razón alguna para que se modifique la voluntad del testador.

Por último, es dudoso si se puede nombrar tutor testamentario al confesor. Por de pronto, el art. 237 no le declara incapacitado para la tutela. En segundo lugar, trátase de un encargo de mucha confianza, que supone en el testador bastante libertad de juicio y disposición de ánimo en pro del sacerdote. Por otra parte, el cargo está sujeto á rendición de cuentas, y limitado por las facultades del protutor y del consejo de familia. Es cierto que hay manejo de bienes, que hay también retribución, que ésta la pudo fijar el difunto (caso en que cabría discutir si era ó no acertada); pero no ha de considerarse favorable el cargo de tutor, á pesar de todo, cuando la ley empieza por declararle función social obligatoria.

***

Disposiciones en favor de los parientes, iglesia, cabildo, comunidad ó instituto del confesor.—Pasemos ahora á la tercera parte del artículo, en la que se consideran incapacitados, igualmente que el confesor, sus parientes dentro del cuarto grado, sus iglesias, cabildos, comunidades é institutos. Ninguno de los Códigos que hemos mencionado consigna esta incapacidad, proveniente de nuestras antiguas leyes, y que nos merece justificado aplauso en cierta parte.

Al estudiar el art. 755 comprenderemos, mejor que ahora, la razón esencial de esta incapacidad, producto de la teoría de las personas interpuestas. Cabe admitir desde luégo que esas personas, los parientes, la comunidad, el cabildo, no influyan sobre la voluntad del testador; no puede, pues, declarárselas incapacitadas por sí mismas, puesto que no ocasionan ningún daño. Pero la ley supone entonces que la influencia del confesor se ha realizado en beneficio de ellas; que el favorecido con la institución será probablemente al fin el sacerdote; que se trata, en resumen, de personas interpuestas, ó que la ley debe considerar como tales, para evitar abusos, séanlo ó no lo sean.

Ahora bien: ¿deben serlo todos los parientes en el cuarto grado? Salta á la vista, en primer término, que el señalamiento de este grado adolece de una acentuadísima exageración. Por

Códigos donde se establece presunción de ser personas interpuestas los parientes, no se pasa de los unidos en primera línea con el incapaz: los ascendientes, los descendientes y los cónyuges. Fuera de éstos, la interposición no puede presumirse, sino que debe demostrarse. Porque ¿en virtud de qué motivo se ha de suponer que todos los parientes en el cuarto grado tendrán interés en favorecer al confesor? Y ¿por qué, entonces, los del cuarto grado y no los de otros más distantes, ó simplemente los amigos íntimos? Ya queda dicho que el precepto deriva de la Nueva Recopilación, y se comprende fácilmente que el legislador no ha reflexionado sobre la diferencia de conceptos entre aquella época y la nuestra respecto de la interposición de las personas.

Pero éste sería leve mal si no tuviera otras más graves consecuencias la redacción del Código, como las tuvieron las antiguas leyes. El Tribunal Supremo, en sentencia de *3 de Noviembre de 1871*, anuló las mandas que contenía un testamento á favor de varios sobrinos del causante, cuyas aspiraciones al legado eran justificadísimas, sólo por la razón de que resultaban primos del sacerdote que administró la penitencia. ¿No es esto monstruoso? ¿Es posible que los parientes del testador se hallen incapacitados para la herencia por serlo también del confesor en cierto grado, acaso mucho más lejano?

Un hermano, un sobrino carnal del difunto, ¿pueden quedar fuera de la herencia porque resulten tíos ó primos del confesor? Y cuando se trate de un hijo, ó de un ascendiente del causante, ¿la circunstancia de su parentesco con el confesor ha de impedirle adquirir los bienes que se le donaron fuera de legítima? ¡Y esto cuando se tiene por delante el Código francés, que exceptúa de la incapacidad *al mismo confesor*, siendo pariente del difunto dentro del cuarto grado!

Nosotros nos permitimos creer que el Tribunal Supremo y todos los Tribunales de España no consentirán que se repita semejante absurdo, ya que, desgraciadamente, le acogió una vez la doctrina de la jurisprudencia. Los parientes se consideran pacitados por ser personas interpuestas, no por circunstan- ersonales propias. Cuando la base de la interposición no e, la incapacidad tampoco debe establecerse. Cuando á la unción de que el pariente del confesor sea interpuesto se la del derecho que le daba el parentesco del causante á

recibir favor de sus disposiciones, falta la razón de ley, y, por lo tanto, debe desaparecer la prohibición.

Por las mismas razones expuestas en el artículo anterior, al hablar el Código de parientes, se refiere sólo á los consanguíneos, excluyendo á los afines. Cuando la ley se ocupa del parentesco hay que entender que alude exclusivamente al propiamente tal, al de la sangre, porque el de afinidad lo es únicamente por analogía, por convención, y para considerar aplicable á él el precepto, debería éste decirlo expresamente.

En último término, mencionaremos acerca de este punto la sentencia de *21 de Diciembre de 1888*, según la cual, «el parentesco meramente espiritual no produce efectos civiles ni equipara á las personas entre quienes existe á los deudos de que habla la *ley 15, tít. X* de la *Novísima Recopilación*, siendo, por tanto, válida la manda dejada á quien está unido por vínculo de aquella clase con el confesor del testador en su última enfermedad.»

***

Y viene ahora la incapacidad de la Iglesia, de la *comunidad*, etc. Aquí es donde no tenemos para el Código sino leal aplauso. Dejar, como se deja en otros Cuerpos legales, á la teoría de las personas interpuestas las especialísimas razones que militan en favor de esta incapacidad, es abrir una interminable senda á numerosísimos abusos. El fraile, por ejemplo, que nada posee por sí, que todo lo aporta á la comunidad, el mismo beneficio obtiene con la herencia de ésta que con la suya propia, y de igual manera puede ejercitar su pernicioso influjo. La historia está tan harta de abusos de esta clase, que todo parece poco contra ellos; y conservando el Código la presunción *iuris et de iure* de la interposición de dichas entidades eclesiásticas, evita, por lo menos, cuestiones y litigios.

Tratada ya con extensión más que suficiente la incapacidad del confesor, réstanos sólo desear que, cuando llegue el día de la modificación del Código, se tenga en cuenta alguna d. observaciones apuntadas, según requieren la justicia y has buen sentido.

ART. 753. Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pupilo hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge.

Concordancias.—Igual al art. 750 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 4ª, tit. III, libro IV.*—... Hi el defendedor si alguna cosa mandare de sus cosas á sus fiios o á otri en vida o en muerte si non avie dado recabdo á los huerfanos de sus cosas segun el escripto que era fecho quando los recibiera en guarda, o si alguna cosa connoscidamientre daquello avia, el defendedor todo lo deve entregar... (1).

COMENTARIO.—El Código de Méjico señala á esta causa de incapacidad el mismo motivo que á la del confesor, examinada en el artículo precedente: «presunción de influjo contrario á la libertad del testador.»

Bigot-Préameneu halla tres razones para la incapacidad: 1.ª Proteger el cariño excesivo del menor contra el predominio del individuo que ejerce la tutela. 2.ª Prevenir los abusos que se pudieran cometer por parte de éste, para aprovecharse de las disposiciones del testamento. 3.ª Garantizar la buena administración de la tutela, mediante la necesidad de presentar las cuentas siempre.

En Roma, esta incapacidad no se conocía, por la razón sencilla de que el menor no gozaba de la testamentifacción. Llegado á la mayor edad, érale lícito favorecer á su tutor en testamento y hasta dispensarle de la presentación de cuentas por medio del

---

No es la ley del *Fuero Juzgo* transcrita un precedente cateórico del art. 753, pero encierra como en germen la misma idea directriz del pupilo. En mérito á esta circunstancia nos decidimos á citarla.

legado de liberación. Atribúyese á un edicto de Carlos V, de *4 de Octubre de 1540*, la iniciativa de la prohibición, que se incluyó después en el Código de Francia, y que desde allí ha pasado á la mayor parte de todos los demás. El Código de Méjico la consigna en el art. 3.432, el francés en el 907, el italiano en el 729 y el de Portugal en el 1.767.

Después de lo que hemos dicho en el artículo anterior, de las cuestiones estudiadas y de las afirmaciones hechas, quédannos pocas novedades; y de estas pocas, la mayor parte desfloradas por los comentaristas extranjeros. No deja, sin embargo, de ofrecer algunas diferencias nuestro artículo, respecto de sus modelos extra-nacionales, dignas de indicación y estudio; y á ellas debemos referirnos, dando por repetido, en cuanto le sea aplicable, lo que en el art. 752 queda ya expuesto.

Prescindimos de la cuestión de si ésta es una incapacidad del testador ó del tutor. El Código francés y el portugués la consideran del primer género, puesto que prohiben al menor disponer de sus bienes á beneficio del que le tiene en su tutela. El Código italiano se inclina también á este criterio, aunque no lo afirma expresamente. El de Méjico, en cambio, declara que el tutor es incapaz de heredar. Ya en varias ocasiones hemos manifiestado nuestro juicio acerca de este punto, y la necesidad de respetar prácticamente al Código, considerando la presente entre las incapacidades para suceder.

***

La parte del artículo que ofrece más dificultades, y que ha sido objeto de discusión más acentuada, es la de necesitarse previamente, para que la disposición testamentaria sea lícita en favor de los tutores, la aprobación de la cuenta definitiva de éstos.

¿Por qué previamente? Algún autor sostiene que cuando después de hecho el testamento se rinde la cuenta definitiva, si aún vive el testador, la disposición debe ser válida; lo cual inclinan á creer también, ó, por lo menos, á dudar, diversos Código nuestro, siguiendo en este punto al italiano, declara manifi mente que el tiempo no convalida la institución, y que la ii cacia de ésta, consecutiva de no haberse aprobado la cu

cuando se otorgó el testamento, no se destruye por la circunstancia de que posteriormente se apruebe. Viene así el Código á darnos la razón en lo que exponíamos acerca de la incapacidad de los confesores, cuando fallece el testador de otra enfermedad sin haber modificado la cláusula testamentaria que se presumía hija de una sugestión.

Fijémonos ahora en que se trata de la cuenta definitiva, y no de las parciales. Sabemos que ciertos tutores tienen el deber de rendir cuentas de año en año ante el consejo de familia (art. 279); sabemos que cuando la tutela acaba antes de la emancipación, ha de rendir el tutor cuenta general (art. 280); y sabemos, por último, que cuando la tutela cesa definitivamente, por la mayor edad, se han de rendir al que estuvo sometido á ella cuentas de administración (art. 281). Estas dos últimas cuentas tienen verdaderamente carácter de definitivas; pero, ¿se referirá el Código á ambas en el concepto de este artículo? La cuenta que rinde el tutor primitivo, ¿le librará de toda incapacidad en adelante, cuando el ejercicio de la tutela se halla confiado á otro tutor?

La dificultad no es leve, aunque á primera vista lo parezca. El Código francés ordena con toda claridad que mientras el menor no se emancipe, no puede disponer por testamento en beneficio del tutor, y que sólo después de la mayor edad le es lícito hacerlo, previa la aprobación de la cuenta definitiva. El italiano y el nuestro dejan á un lado la cuestión, completamente intacta; y los comentaristas del primero no se ocupan de ella sino por incidente, dando por supuesto que cualquiera de las indicadas cuentas es definitiva.

Nosotros nos permitimos sostener que la primera de las dos no tiene ese carácter. Se dirá que, usando en singular el Código la palabra tutor, deben considerarse comprendidos todos; y mucho más aludiendo á la «*cuenta definitiva de éste*,» que parece significar la cuenta definitiva de cualquiera de los tutores del menor. Puede también argüirse que el motivo de la incapacidad desaparece en cuanto cesa la tutela, por una ú otra causa; y que, desde aquel momento, el riesgo sólo es de temer como se temería n extraño ligado al testador por lazos de amistad. También ı un argumento el de que, tratando de evitarse que el tutor ıse la presentación de sus cuentas, este peligro ya no existe uanto se rinden efectivamente.

Y, á pesar de todo, nos vamos hacia el lado del Código francés, y consideramos perfectamente justa la prohibición en todo caso, hasta que el pupilo se emancipe. Gramaticalmente, nuestro Código se puede interpretar en el sentido de que, cualquiera que sea el número de tutores, la tutela es una, y el tutor esencialmente uno; de que mientras no se aprueba la cuenta definitiva de administración, el tutor (y, si son varios, todos ellos) está sometido á la incapacidad. Por fuera de esta interpretación gramatical, importa que se reconozca que los motivos que incapacitan al tutor no son precisamente los que hemos visto que se podrían invocar siguiendo á Bigot-Préameneu. El motivo esencial, de que todos los otros son simples aspectos particulares, es el influjo que pueden ejercer sobre el menor las personas encargadas de su tutela, y fácilmente se comprende que si al emancipado no se le permite favorecer á su tutor, mientras la cuenta no ha sido rendida, menos se debe permitir al joven de pocos años, que ni siquiera tiene facultades para pedir ó impugnar la cuenta del tutor que cesa. Añádase á esto la consideración de que sería en muchas ocasiones fácil, cuando el tutor previera la muerte del pupilo y hubiese ya explorado su favorable voluntad, ceder á otra persona la tutela, rendir la cuenta general, y conseguir el testamento á su favor. El único medio de impedir este fraude es que se exija la emancipación del pupilo, lo mismo que en el Código francés, antes de la disposición testamentaria.

Observemos ahora que, según el Código, no basta que la cuenta se rinda, sino que necesita ser *aprobada*, en las condiciones que requieren el art. 282 y sucesivos. Pero en el 285 se establece que la rendición de cuentas, por sí sola, habilita al emancipado después de quince días, para cualquier convenio que se relacione con la gestión de la tutela, lo cual acusa una contradicción evidentísima. Todos los Códigos hablan de la aprobación; pero, ante precepto tan claro como el 285 del nuestro, debemos ceder irremediablemente. Si el emancipado tiene facultad para cualquier convenio con su tutor, y, por lo tanto, para perdonarle el saldo resultante, antes de que la cuenta se apruebe. huelga en absoluto la prohibición de disponer por testamen favor de él.

Una vez rendida la cuenta y aprobada, pero no perdonac *saldo* ni tampoco satisfecho, ¿podrá otorgarse la disposición

tamentaria? Los tratadistas resuelven afirmativamente esta cuestión, considerando que lo que la ley teme son «las falacias ó involucraciones de la cuenta» (Borsari). Sin necesidad de este argumento, debemos en España inclinarnos á la afirmativa, por el motivo mismo que nos ha servido en la dificultad del párrafo anterior.

Tampoco ofrece duda la cuestión de si, *prescritas las acciones* para reclamar la rendición de cuentas, subsiste la incapacidad. Troplong observa que lo que la ley exige es que quede asegurada la independencia del menor; ¿y qué mayor independencia que la de sus diez años por encima de la mayor edad? En nuestro Código esta prescripción es de cinco años, lo cual no debilita el argumento. En todo caso, la frase de la ley es que la cuenta haya sido aprobada; y tanto monta que la aprobación exista de hecho, como que exista de derecho, por pérdida de la acción correspondiente.

***

Discuten extensamente los italianos una cuestión originada por su Código, que, refiriéndose en el art. 729 al sometido á tutela, le llama *administrado*. Administrado, dicen con razón aquellos tratadistas, no lo es sólo el menor, sino todas las personas sometidas á la tutela. Con tanta más razón cuanto que en los varios proyectos de Código que se sucedieron en Italia se modificó primero y se volvió á incluir después la frase. El Código español no admite duda, puesto que expresamente habla del pupilo. Lo único que nos corresponderia hacer, en vista de esto, era examinar si debería ampliarse (teóricamente, por supuesto) á otros tutelados; pero la cuestión es baladí: primero, porque durante la locura el testamento es imposible, y segundo, porque el influjo que pueden los tutores ejercer sobre esta clase de personas, y con el que alguna vez conseguirían una disposición testamentaria después de terminada la tutela, no es un influjo de [illegible] que la ley debe admitir por base de sus disposiciones.

[illegible]l Código menciona sólo al tutor; ¿podrá ampliarse la prohi[illegible]n á cargos semejantes? Dejando desde luego los individuos *onsejo de familia;* dejando también los que se llaman tuto[illegible]e-hecho, puesto que la ley no los reconoce como tales; no

levantando dudas donde no las hay, queda como verdadero punto obscuro el del *protutor*. ¿Habrá querido el Código referirse áél? Estimamos que, aparte de la interpretación gramatical del artículo, sólo referente al tutor, no hay en los protutores los motivos que determinan la incapacidad. Sus atribuciones son muy limitadas, y ninguna abarca derechos sobre la persona del menor, sino sobre sus bienes. El influjo que el protutor pueda emplear es, pues, de orden distinto del que corresponde al cargo, y no debe caer en las prohibiciones del precepto.

No es de necesidad extenderse en consideraciones para solucionar este punto, porque se ha cerrado el circuito de la discusión. El Tribunal Supremo ha pronunciado su fallo, y á él hay que someterse en la práctica del Código civil.

Dicho fallo forma parte de la sentencia *de 3 de Diciembre de 1896*, afirmativa de la interpretación estricta del art. 755 y de su aplicación exclusiva al cargo de tutor.

El hecho litigioso y el derecho elaborado merecen conocerse y estudiarse.

Un menor instituyó por sus herederos á un tío suyo, curador *ad litem* del mismo, y á su esposa. Fallecido aquél, una hermana suya promovió demanda solicitando la nulidad de la institución, como contraria al art. 753 del Código, en virtud de la analogía del cargo de curador *ad litem* con el de tutor, y en que el instituído había sido de hecho tutor del otorgante, administrando sus bienes.

Estimada la demanda por el Juzgado y revocada por la Superioridad, se entabló por la parte actora recurso de casación, que fué denegado por el Tribunal Supremo en virtud de los siguientes considerandos ó fundamentos doctrinales:

«Según el art. 753 del Código civil, son ineficaces las disposiciones testamentarias hechas por el pupilo en favor de su tutor antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, cuyo precepto, así por referirse terminantemente al pupilo y su tutor, como porque limita la libre facultad del primero para testar y la capacidad del segundo para suceder por testamento, es á todas luces inaplicable al caso de que el testador no sea ni haya sido pupilo de la persona á quien favorezcan sus disposiciones.

«No existe paridad, ni siquiera analogía, entre las fu... del tutor y el hecho de que, una persona que sin estar li...

á la tutela testamentaria, legítima ó dativa, y sin que pueda, por tanto, siquiera ingerirse en ella abusivamente, preste á un menor sus servicios, cuidando de su persona y bienes, ora lo haga por encargo del tutor, ora espontáneamente, porque la prestación de tales servicios no lleva consigo la autoridad que es inherente y privativa del cargo de tutor.»

«En consecuencia de lo expuesto, la sentencia recurrida no infringé el mencionado art. 753 del Código civil al estimar válida y eficaz la institución de heredero hecha por el menor en favor de su tio, asi como la hecha en favor de la mujer de éste, porque ninguno de ellos ha desempeñado la tutela del testador.»

***

El artículo tiene un segundo párrafo en que considera válidas, es decir, en que exceptúa de las incapacidad la disposiciones de este género, cuando el tutor es ascendiente, descendiente, hermano, hermana ó cónyuge del pupilo. Anotemos con extrañeza el uso del masculino y femenino al mismo tiempo en cuanto á los hermanos. ¿Qué duda podría ocurrir habiendo dicho sólo hermano, lo mismo que se dice ascendiente y descendiente, sin distinguir el sexo? El Código francés limita solo al ascendiente la capacidad, cuando sea tutor de su descendiente. El de Portugal y el de Méjico, á los ascendientes y hermanos. Sólo el de Italia es análogo al nuestro, hasta en lo de mencionar por separado á los hermanos, varón y hembra. En realidad, el fundamento de esto lo ha ocultado el legislador tan cuidadosamente, que no hay posibilidad de conocerlo. Porque si fuera con objeto de evitar la duda de la capacidad de las mujeres para la tutela, sólo autorizada en cuanto á las hermanas, cuando se trata de un loco ó sordomudo, debiera haber distinguido entre los ascendientes la abuela, en quien concurre igual razón con referencia á la tutela de los huérfanos, y la madre, también capacitada en la tutela de los locos.

Por lo demás, el motivo de la disposición es bien sencillo y
o, al menos en cuanto á los ascendientes y descendientes.
lo que quiera de hecho la humanidad, la ley debe suponer
, ni en materia de adquisición de bienes, se sobrepone el
mo á los cariños naturales. Ni debe temerse la autoridad

del padre sobre el hijo, ni deja de ser lógico, cuando no es también legal al mismo tiempo, que la disposición testamentaria del segundo sea en beneficio del primero.

No deberíamos, en cambio, suponer lo mismo respecto del cónyuge y del hermano. En este punto estamos con el Código francés, que no los comprende en la excepción. El cariño de los hermanos suele ser muy grande, y sin embargo, ¡qué pocas veces llega al sacrificio de propios intereses, y qué pocas también se eleva por encima de la agitación del egoísmo! En cuanto al cónyuge, la prohibición de los testamentos mancomunados de las donaciones por razón de matrimonio hablan muy alto, desgraciadamente, pero con gran justicia, del riesgo que se corre con dejar abiertos los caminos al ánimo de lucro dentro de la nobleza y de la elevación del lazo conyugal.

***

Cuestión.—Los hijos del tutor, ¿pueden recibir por testamento bienes del pupilo? Guarda una ligera relación con esto la ley del *Fuero Juzgo* que hemos insertado como antecedente del artículo. Pero aún la tiene más estrecha la doctrina sancionada por el Código en el art. 752, en donde se deja sin efecto, no sólo las disposiciones favorables directamente al confesor, sino las ordenadas en beneficio de ciertas personas que, sin ese carácter y sin posibilidad, por consiguiente, de ejercer presión sobre el enfermo en el acto de la penitencia, suscitan una sospecha muy calificada de haber sido nombradas en el testamento por el influjo del sacerdote y en beneficio indirecto de éste.

Es indudable que, siendo iguales los motivos de la prohibición establecida para el tutor y para el confesor, é igual también en ambos casos la posibilidad de ejercerse el influjo ilegítimo en beneficio aparente de terceras personas, la disposición de este artículo debiera alcanzar, como la del 752 y como la del también análogo 754, á los parientes del tutor en el cuarto grado. Sin embargo, la circunstancia misma de haber omitido el legislador en el art. 753 lo que tenía á la vista en el 752 y lo que rep después en el 754, aun careciendo, á nuestro juicio, de toda zón regularmente satisfactoria, pone un obstáculo insuperab la interpretación de analogía, por no ser admisible la hipót del olvido ó de la inadvertencia.

Hemos, pues, de creer que los hijos del tutor y sus parientes próximos no están excluídos de la sucesión del pupilo de una manera categórica, como en los casos que acabamos de citar. Mas no se entienda por esto que las disposiciones hechas en beneficio de tales personas van á ser siempre válidas. Por el contrario, se las anulará muchas veces, porque la proximidad del parentesco será un motivo poderoso por sí solo para que se considere á dichas personas como interpuestas, y para que tenga aplicación el precepto del art. 755. De todos modos, la diferencia es importante, porque mientras á los parientes del confesor en el art. 752 se les supone interpuestos, *iuris et de iure*, á los del tutor no se les presume esta cualidad, debiendo el que la alegue entrar en su demostración, difícil siempre y peligrosa.

ART. 754. El testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, ó de la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682.

Esta prohibición será aplicable á los testigos del testamento abierto, otorgado con ó sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.

Concordancias.—Análogo al art. 614 del proyecto de 1851 y al 751 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley de 28 de Mayo de 1862 sobre constitución del Notariado.*—Art. 22. Ningún Notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor ó en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del ·rto grado civil ó segundo de afinidad.

·OMENTARIO.—*Origen y fundamento de la prohibición.*— ·de decirse que el establecimiento de esta incapacidad es con·poráneo nuestro. Se entreveía en Roma, donde los testigos

del testamento podían recibir legados y fideicomisos, pero no ser instituídos herederos; sólo que el fondo de la disposición tenía otro carácter, relacionado con la primitiva forma de testar mancipatoria. La adopción del nuevo concepto correspondió al Código Napoleón, y desde allí se ha ido trasladando, con modificaciones y ampliaciones, á todos los Códigos modernos. El art. 3.436 del mejicano, el 1.772 del portugués, los 771 y 772 del de Italia, reúnen todos los aspectos de esta incapacidad de modo muy análogo á nuestro art. 754, que vamos á examinar ligeramente.

En el examen preliminar que hicimos, y, al mismo tiempo, en la clasificación de las distintas incapacidades, considerábamos la del Notario y los testigos de los testamentos en el mismo grupo que la del confesor y la del tutor, estudiadas en los dos artículos anteriores. El Código de Méjico, y en conformidad con él varios autores, distinguen esencialmente estas incapacidades, atribuyendo la del Notario y los testigos, no á influjo contrario á la libertad del testador, sino «contrario á la verdad ó integridad del testamento».

No se trata de acusar á nadie de falsario, dicen los autores, sino de alejar peligros de fraude ó de sorpresa; de impedir que el Notario ó los testigos escriban ó hagan escribir alguna disposición en su favor, imposibilitando la prueba de la falsedad. La fe que se les concede por la ley, se añade, obligales á ser desinteresados, y á no procurar ventajas propias.

Insistimos, á pesar de esto, en que la incapacidad es de igual clase que la del confesor y la del tutor. La presunción legal que se establece en el artículo no puede ser, en modo alguno, la de que el testamento sea falso; la mayor ó menor dificultad de la demostración no es suficiente para que el mismo legislador que da al Notario la fe pública, arroje sobre él la presunción *iuris et de iure* de la falsedad del testamento, por cima de todas las consideraciones con que algunas veces pueden asistirle legítimas esperanzas de la sucesión. Por otra parte, el legislador haría sospechar que todas las solemnidades que él mismo ha establecido para asegurar la exactitud del testamento no tienen fuerza alguna contra los propósitos de fraude del Notario los testigos.

Una cosa es que el fraude exista, lo mismo en favor del Notario que de una persona completamente extraña á él, [illegible]

que habrá que demostrar con los elementos procedentes; y otra, que se declaren nulas las disposiciones, haya fraude ó no. El pensamiento del legislador, por tanto, no pasa de ser la presunción de influjo contra la libre voluntad del testador; no se supone que se han introducido cláusulas sin conocimiento de él ó con alteración de sus palabras, sino que el Notario ó los testigos, valiéndose de la solemnidad del acto, de la preocupación del testador y hasta de su intervención á veces insustituíble, pretendan obtener determinado beneficio, el perdón de una deuda, la permuta de una casa, la donación de un terreno, etc., etc. Presunción, en fin, de influjo sugestivo; porque en otro caso, no se estableceria, como se hace, en el art. 22 de la vigente ley del Notariado, que fuesen nulas las disposiciones de ese género en actos ó contratos *inter-vivos*, que requieren siempre la lectura del instrumento por el otorgante.

***

Testamentos á que se refiere el art. 754 del Código.—Surge á renglón seguido la primera observación acerca del precepto: ¿á qué clase de testamento se refiere el Código en el párrafo inicial del artículo que comentamos?

El Código italiano (art. 771) alude sólo al testamento nuncupativo; el de Méjico habla, en general, de aquel en cuya otorgación y autorización hayan intervenido el Notario y los testigos; el de Portugal declara incapacitado expresamente al Notario que extiende el testamento público ó el acta de aprobación del cerrado.

En esta variedad de disposiciones legislativas, no faltan argumentos para sostener que el Código habla por igual del nuncupativo y del cerrado, puesto que la frase *autorizar el testamento* se aplica también al último terminantemente en el artículo 707, núm. 2.º *(el Notario que haya de autorizarlo)*, en el 710 *(autorizado el testamento cerrado)* y en los 711 y 712 *(Notario autorizante)*. Creemos, sin embargo, que el espíritu del legislador no fué tan lejos; que la presunción de sugestiones [illegible] posible cuando el testamento está ya hecho por anticipado; [illegible] no resumen de lo expuesto: que no hay prohibición sino en [illegible]nto abierto.

***

Nuestro Código, respecto de sus congéneres, tiene la novedad de que incapacita, al mismo tiempo que al Notario, á la esposa de éste y á sus parientes y afines dentro del cuarto grado. Sólo el de Guatemala contiene una disposición parecida. En el art. 752 hemos examinado ya este punto, con referencia á los parientes de los confesores, y á él nos remitimos, como perfectamente análogo en cuanto á la esencia de la incapacidad de esas personas interpuestas. La única observación que pudiéramos hacer es que allí se habla de parientes dentro del cuarto grado, sin distinguir la consanguinidad ó afinidad, y aquí se hace mención expresa de ésta. ¿Será que en el art. 752 sólo se excluye á los parientes consanguíneos? Ni el género de la prohibición ni la generalidad con que se expresa permite suponerlo.

***

Con la excepción establecida en el art. 682, añade el Código. Esta referencia nos obliga á hablar, no sólo de una excepción, sino de una ampliación. La excepción, como ya vimos en su sitio, es que cuando se trate de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario, la disposición es válida. La ampliación es de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 754, que incapacita á los testigos del testamento abierto, otorgado con ó sin Notario; precepto que amplía el 682 á todos los parientes de dichos testigos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó del segundo de afinidad.

La incapacidad de los testigos no se justifica tanto como la del Notario, puesto que su intervención y su influjo cerca del testador son fundamentalmente más sencillos. Sin embargo, todos los Códigos contienen la prohibición, y el portugués la amplía, como la del Notario autorizante, hasta los testigos de la aprobación del testamento cerrado. Entre nosotros se halla limitada á los del abierto expresamente; y en cuanto á sus parientes en el cuarto grado, el Código reproduce la disposición del artículo 614 del proyecto de 1851. También de estas personas, y de su incapacidad, hemos indirectamente dicho todo lo que se necesita, al tratar de los parientes del confesor.

***

Falta hablar de los testamentos especiales, á los que extiende el Código en el último párrafo de este artículo la prohibición de suceder de las personas y testigos que intervienen en el otorgamiento. Por consecuencia, en el testamento que otorgan los militares en tiempo de guerra ante el Oficial, el Capellán ó el Facultativo y dos testigos (art. 716), todas estas personas son incapaces para recibir herencia ó legado por razón de dicha disposición de última voluntad, del mismo modo que los parientes ya mencionados. Igual sucederá en el testamento hecho ante dos testigos durante una acción de guerra (art. 720). Exactamente lo mismo en los testamentos abiertos que se otorguen en el mar (artículos 722 y 723); y en los que se autoricen ante el Cónsul ó Agente diplomático de un país extranjero (art. 734). Todo es perfectamente claro, y coincide con lo dispuesto en el art. 771 del Código de Italia, respecto del funcionario civil, militar, de marina ó consular ante quien el testamento haya sido otorgado.

La dificultad en este asunto es si se aplica la prohibición á los testamentos *cerrados* especiales (artículos 717, 721, 722 y 734). Por un lado hemos visto que el artículo se viene refiriendo al testamento abierto solamente: por otro lado, el párrafo en que se habla de testamentos especiales alude á las personas y testigos ante quienes se *otorgan*, y sabido es que el otorgamiento del cerrado consiste en su presentación ante el funcionario que lo ha de autorizar y ante los testigos. Parece, pues, que en los testamentos especiales se hace aplicación de igual precepto al nuncupativo y al cerrado; y como para que suceda así, existe además la razón del deficiente número de solemnidades con que ambos logran validez, no nos produce escrúpulo la interpretación, aun á pesar de ser opuesta á nuestro criterio, á la del resto del artículo y á las palabras terminantes del Código italiano.

Es conveniente hacernos cargo de otra disposición de dicho Código, art. 772, en igual sentido que el 1.772 del de Portugal, disposición que no ha sido copiada por el nuestro: «Quedan del mismo modo sin efecto las instituciones y legados á favor de la ona que escriba el testamento secreto, á no ser que la disción se haya aprobado por mano del testador ó ante el Notaue autorice la cubierta.»

or de pronto, es indudable que en nuestro Código no se comprendido semejante caso, puesto que el testamento ce-

rrado no es especial, ni mucho menos el que le escribe se puede considerar como partícipe del acto del otorgamiento. Creemos, además, que si se trata, como efectivamente parece, de una precaución, ésta resulta pueril por todo extremo. Si el testador ha de llevar el documento ante el Notario, él mismo y nadie más, ¿se puede suponer que no lo haya leído previamente, único modo de que se contenga en él una disposición que el testador no ha hecho? Por otra parte, ¿cabe presumir que el autor material del escrito, salvo muy raros casos, ejerza sobre el testador autoridad bastante para preparar la voluntad en su favor? En consecuencia, hacer depender la institución ó el legado (y muchas veces se tratará de un hijo del mismo testador) de que el otorgante se acuerde ó se olvide de confirmarlo, y hasta de que conozca ó no conozca esta necesidad, más que precaución contra el fraude, resulta valla contra la buena fe.

Inútil es decir, pero también lo indican los autores, que en la prohibición del testamento abierto, contra el Notario y los testigos, no bastaría para destruir la incapacidad, que el testador en cualquiera forma confirmase la disposición, salvo, naturalmente, que en otro testamento, y ante otro Notario ú otro testigo que el incapacitado, quisiera de nuevo redactarla.

ART. 755. Será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

Concordancias.—Igual al art. 616 del proyecto de 1851 y al 753 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 13, tit. VII, Partida 6.ª*—Seys razones principales mostraron los sabios antiguos, que por cada vna dellas deue perder el heredero la herencia del finado... La sesta razon es: quando el testador rogasse al heredero e ridad que diesse aquella heredad en que le estableciesse gun su fijo, ó á otro que lo non podia heredar, porque le er fendido por la ley. Ca si el heredero compliesse tal ru

mandamiento del testador, e la entregasse al otro, perderia por ende el derecho que auia en la heredad. E por qualquier destas seys razones sobredichas, pierde el heredero la herencia: e dequela auer el Rey; e por estas mismas razones que el heredero deue perder la herencia, por essas mismas perderian las mandas aquellos á quien fuessen fechas.

Ley 14, tít. VII, Partida 6.ª —Si alguno de aquellos á quien defienden las leyes deste nuestro libro, que les non pueden fazer mandas, nin establescer por herederos, acaesciere que gela fagan encubiertamente, segun diximos en la ley antes desta, si este atal fuere á la corte del Rey, e dixere assi: Tal manda que me fizo fulano ome, segund me fazen entender, non la puedo auer segund derecho, fazed della lo que touierades por bien: por esta bondad que fizo en descubrir lo que le era mandado en poridad, que lo non quiso rescebir contra defendimiento del derecho: dezimos que deue auer la meytad á lo menos de lo que le fue mandado, ó de la herencia en que le fue establescido por heredero en testamento de otro.

COMENTARIO.—*Quien hizo la ley, hizo la trampa,* dice la antigua frase de Castilla. La mala fe encuentra, con efecto, medios de burlar todas las prohibiciones de las leyes y de hacer inútiles la previsión y los deseos del legislador. Por eso son fenómenos constantes el de la sucesión histórica de las prohibiciones y los fraudes y el de la aparición de éstos nuevamente cada vez que aquéllas se amplian y se modifican.

Tal ha sucedido, acaso como en ninguna otra materia, en la de prohibiciones para heredar por testamento. El interés del testador en unos casos, y el de los beneficiados con la herencia en otros, han ido á cada paso abriendo huecos en las barreras levantadas por los legisladores. La historia de los fideicomisos, que reseñaremos más adelante, es una de las pruebas más seguras de la ineficacia en todas épocas de las limitaciones de la capacidad de suceder. Á evitar esto en lo posible y á defender contra la malicia de los hombres el decoro público, que juega ...ncipal papel en la materia, tiende la disposición que examinamos, análoga á la de todos los Códigos extranjerecedida ya en España por las leyes *13 y 14 del tít. VII,* ª, que quedan insertas más arriba; por el art. 616 del

proyecto de 1851; por el 753 del de 1882, y por el número 2.°, artículo 551 del Código penal, que considera como estafa la celebración de los contratos simulados en daño de tercero. Según el Código, es nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta; veamos, pues, lo que se quiere decir y lo que en realidad se dice con ambas frases.

***

La primera pregunta que ocurre formular es ésta: ¿Cómo se puede hacer una disposición testamentaria bajo la forma de contrato oneroso? Esto es: ¿cómo se puede establecer un contrato dentro de un testamento?

Existe un precepto igual al nuestro en el art. 911 del Código francés, el que sin duda ha sido copiado, como se le copió anteriormente en el 773 del Código de Italia. Pero ocurre la particularidad de que en el primero de estos Códigos, por referirse igualmente al testamento y á la donación, el artículo no suscita dudas, mientras que en el Código italiano, que trata con separación ambas materias, y que, por lo relativo á las donaciones, tiene un artículo igual al 628 del nuestro, es juicio unánime de los comentaristas haberse padecido una equivocación aplicando análogo precepto á los testamentos, en donde no es posible la forma del contrato oneroso. Los más benignos, como Borsari, suponen que el legislador ha introducido la modificación (pues de modificación se trata respecto de los Códigos Albertino y de las Dos Sicilias, á los que faltaba la frase que nos ocupa), por la imposibilidad de prevenir todos los medios y artificios de que se vale el fraude; pero no encuentra un solo caso práctico en que la disposición pueda tener cabida.

Cuando los autores de nuestro Código conservan íntegramente el original del Código francés, debemos suponer que no han leído las explicaciones de los comentaristas italianos, defecto bastante censurable en personas de su ilustración jurídica, y obligadas, naturalmente, á examinar y á comprobar, para la redacción de nuestra ley, las enseñanzas prácticas de las aje[illegible]. Pero si bien se debía haber variado y aclarado el texto, [illegible] conveniente, á nuestro juicio, la supresión.

En realidad, y poniéndonos en lo ordinario y en lo verdaderamente jurídico, una disposición testamentaria es antitética de un contrato, por ser el testamento acto de una sola persona y por requerir el contrato la concurrencia de dos, cuando menos. Pero aunque repugna á los principios jurídicos y á las costumbres, podemos presumir el hecho de que intervenga en la formación del testamento, especialmente del ológrafo, una segunda persona, y que la aceptación por ésta de determinado ofrecimiento hecho por el testador constituya un contrato. Ejemplo: El testador ha manifestado en una de las cláusulas del testamento que es su voluntad transmitir cierta finca á Fulano (su confesor, verbigracia) si éste se compromete á pagar tal pensión á Zutano. Esto es, en el fondo, un legado condicional oneroso; pero si se diera la circunstancia de concurrir Fulano al acto del otorgamiento y de manifestar y hacer constar su conformidad, tendríamos un contrato, y en cierto modo una disposición testamentaria disfrazada bajo la forma de contrato, á la que la ley pudo referirse sin inconveniente, ante el temor de que, presentado el caso en la práctica, cupiera pretender la validez de la disposición.

Cabe también, sin existir contrato realmente, el reconocimiento de su existencia por el testador, como si, al querer nombrar éste por heredero ó legatario al confesor ó al tutor, aludiese á la existencia de un contrato de préstamo, de depósito ú otro análogo, por donde se encontrara constituído en la obligación de entregar los bienes de que en realidad dispone gratuitamente. Sin el artículo presente, esta disposición sería válida aun demostrada la falsedad de la causa (art. 767), y por lo mismo, su aplicación en este caso resultará de verdadera utilidad.

Por último, y sin que nosotros creamos que sea muy procedente la excesiva extensión del precepto, no nos produce grave escrúpulo la idea de que el legislador pretendiese llegar también á prohibir el fraude en los contratos, y que al hablar de disposiciones testamentarias disfrazadas bajo la forma de contratos onerosos, haya querido referirse á aquella clase de liberalidades q consignadas en escritura pública ó privada bajo dicha for- t puedan ser equiparadas á las disposiciones testamentarias, | señalarse para su cumplimiento la época de la muerte del t nte.

*
* *

Redúcese ahora nuestro estudio al caso de interposición de una persona entre el testador y el incapaz, á fin de hacer á éste heredero contra las prohibiciones de la ley.

Materia muy análoga á la del art. 628, donde hemos examinado atentamente la interposición de personas en la donación, poco nos queda ya que hacer en cuanto á lo fundamental. Si entramos, sin embargo, á comentar de lleno la disposición presente, débese á que las incapacidades son distintas en uno y otro caso, á que los fraudes se han buscado aquí de modos especiales, y á que la prohibición de las personas interpuestas más tiene espacio y fundamento en la cuestión de herencia que en la de donaciones.

Persona interpuesta llámase á la que recibe el encargo de transmitir la herencia al incapaz. Es el heredero designado en el testamento, pero no el que la voluntad del testador quiso que fuera; le falta, por lo tanto, para la cualidad exacta de heredero, lo mismo que faltaba en el derecho antiguo al fiduciario con relación al fideicomisario. Hay tanta analogía entre ambos casos, que los autores llaman á la interposición de estas personas *fideicomiso tácito*. Se comprende, al mismo tiempo, que mientras los testadores tuvieron facultad de dar al heredero encargos reservados para distribuir la herencia, facultad que ha suprimido el núm. 4.° del art. 785, la prohibición de las personas interpuestas, á despecho de la necesidad reconocida ya por la legislación de Alfonso *el Sabio*, no pudo producir fruto ninguno. Así resulta un gran vacío, con relación á esta materia, en toda la jurisprudencia dictada por los Tribunales en el corriente siglo.

Va á ser, pues, ahora cuando empiece á producir algunos resultados favorables la disposición que examinamos: y aunque no faltarán seguramente medios, que algunos autores no vacilan en comunicar anticipadamente al público, de hacer ineficaz el pensamiento, no dejará tampoco de haber casos para la aplicación del Código, y para el necesario estudio judicial de la cuestión. Como, por otra parte, es delicada y pone en lucha muy contradictorios intereses, conviene que manifestemos sea mente nuestro juicio sobre los puntos principales de dific d.

En primer lugar, ¿de qué clase de incapacidades habla rticulo? O para evitar rodeos: ¿de qué clase de incapaci 10

habla? Desde luégo hay que prescindir de las criaturas abortivas, puesto que, no llegando á tener vida, el cumplimiento de la disposición testamentaria es imposible. En vano podría hablar tampoco de las incapacidades de pura formalidad, como, por ejemplo, la de los Ayuntamientos, puesto que para los testadores es más fácil y menos peligroso el cumplimiento de la formalidad legal indispensable que la interposición de otra persona. Por último, no puede referirse á las incapacidades por indignidad, puesto que, como veremos en su sitio, este motivo subsiste solamente á falta de perdón del testador, al cual, en consecuencia, tampoco puede serle ventajosa, para nada, la interposición de extraños.

Únicamente nos ofrecen duda, por los motivos en su respectivo sitio ya apuntados, las incapacidades de los artículos 752 y 754. En el primero, relativo á los confesores del difunto, extiéndese la prohibición á sus parientes hasta el cuarto grado y á su cabildo, iglesia, comunidad ó instituto. En el segundo, que se refiere á los Notarios, hácese incapaces de igual modo á la mujer y á los parientes de éstos. Y ocurre preguntar: dichas personas, fuera del confesor y del Notario, ¿son incapaces por sí mismas, ó por la presunción de interpuestas? Y si su incapacidad obedece á esta presunción, ¿son estas solas las interposiciones prohibidas respecto del confesor y del Notario? Y en todo caso, la iglesia, la mujer, los parientes, que por sí mismos no pueden heredar, ¿podrán hacerlo mediante la interposición de otra persona? Esto es, ¿cabe la interposición á favor de un interpuesto? Desarrollemos ligeramente estas ideas.

Recuérdese ante todo que ni el art. 752 ni el 754 hablan de incapacidad del heredero. «*No producen efecto las disposiciones testamentarias*»... dice el uno; «*el testador no podrá disponer del todo ó parte de su herencia*»... dice el otro. No obstante las palabras subrayadas, para el efecto principal, de incapacidad se trata, y así lo hemos considerado desde el primer momento. Pero hay aquí una cuestión nueva en que conviene distinguir el género de incapacidad de cada uno de los individuos designa-

y en que es dudoso que se les pueda comprender en los el artículo presente llama incapaces. No es muy difícil for-
icio completo del asunto.

nosotros es indiscutible que la esposa, los parientes, el

cabildo, la comunidad, no se hallan incapacitados por sí mismos. El proyecto de 1851, así como el Código italiano y el francés, establecen la presunción de ser personas interpuestas, siempre, los ascendientes, descendientes y consortes de los incapacitados para suceder. Lo que se hace en los artículos 752 y 754 es exactamente análogo: establecer una presunción. El confesor y el Notario se consideran directamente incapacitados, por las especiales circunstancias que les ponen al lado del enfermo, ó simplemente del que testa; pero las demás personas á que esas disposiciones se refieren en tanto pueden ser objeto de la prohibición legal en cuanto se supone que es muy fácil burlar con su concurso la medida. En consecuencia, cuando el art. 755 habla de incapaces no puede referirse á esas personas; y si una disposición testamentaria á nombre de un extraño resultase en definitiva favorable á la mujer del Notario ante quien el testamento se otorgó, ó á algún pariente próximo del sacerdote que confesó al difunto, no se podría estimar la concurrencia de interposición en favor de éstos.

Ahora bien: no sólo dichas personas merecen la calificación de interpuestas respecto del confesor y del Notario. Ellas lo son siempre, por presunción *iuris et de iure;* pero puede además interponerse cualquiera otra y requerir la aplicación del art. 755. Por lo tanto, la disposición en que se favoreciese á la consorte del Notario, mediante la interposición de otra persona, sería siempre válida, probándose que en la intención del testador no entraba la de favorecer á tal Notario; pero demostrada la intención opuesta, habría de entenderse que la interposición se refería al último, y que era, por lo tanto, originariamente nula.

***

Hemos manifestado que diversos Códigos, á los que se acomodaba el nuestro en su proyecto primitivo, mencionan señaladamente un cierto número de personas interpuestas que se consideran siempre tales. Esto es excesivamente peligroso, no sólo por la suposición que siempre se hace en contra de determin personas, sino por las injusticias que pueden resultar. Si la sunción legislativa se acepta con rigor, no puede, en nin caso, recibir herencias, por ejemplo, la madre de un inca-

heredar ¿y qué injusticia más grave y más sin base que ésta, cuando podría suceder que un testador, el que instituyera dicha madre, ni conociera acaso al incapaz, ni menos se acordara de él? Nos parece, por tanto, acertadísima la supresión hecha en el Código, abandonando á las circunstancias de cada distinto hecho la resolución que sea procedente.

Sólo en un punto ofrece beneficios el sistema de los otros Códigos: en lo que evita la dificultad enorme de pruebas que se presenta para adquirir la convicción de que una persona es interpuesta. Unas veces la respetabilidad del instituído por el testador, sus condiciones de honradez y su amistad con el difunto; otras veces los medios infinitos de evitar la entrega de los bienes á los incapaces; otras, en fin, el desconocimiento de las causas que determinaron la voluntad de hacerlos herederos, pondrán obstáculos insuperables á la formación de un juicio exacto. Tanto más cuanto que en el testamento se instituye, dado el propósito de burlar la ley, á persona unida al testador por lazos de amistad estrecha y de confianza extraordinaria, motivos que pudieron verdaderamente originar la herencia á su favor, y que sólo en casos muy calificados y patentes cabe destruir.

Habrá que demostrar que el incapaz estaba con el testador, en relaciones de amistad ó parentesco muy significadas; que contaba anticipadamente con ser objeto de la herencia; que éste era también el pensamiento á que obedecía el testador; que no había motivos para que el realmente instituído mereciera la voluntad manifestada; que no pensaba éste tampoco en hacer suyos los bienes respectivos; y que hubo, de otra parte, actos posteriores indicativos de la interposición. Cuando no se demuestre todo esto, es muy difícil que los Tribunales arrostren los peligros de una declaración tan transcendente, ocasionada á la injusticia de arrebatar derechos de heredero á la persona instituída, libre, espontánea y acaso muy fundadamente, por el testador.

¿Se necesitará también probar que existió acuerdo entre el ---ador y la persona á quien se tacha de interpuesta? Sobre este to del acuerdo previo, están los tratadistas muy conformes, rent á la cabeza, en el sentido de no ser necesario. Tres fun-ientos abonan principalmente esta opinión: 1.º Que tratán-se de una demostración de confianza, hecha á persona que con

seguridad sabía merecerla, no es de esperar en ningún caso que, aun habiendo acuerdo, pueda el secreto revelarse; con lo cual, de considerarse necesaria semejante prueba, nunca podría realizarse el propósito del legislador. 2.° Que por la naturaleza misma del fraude pretendido, todo depende de la voluntad del interpuesto, y lo mismo puede realizarse el mal aunque el acuerdo no existiese, que haber acuerdo previo y no llegar después el hecho á la realización pensada. 3.° Que, con efecto, en muchos casos, con especialidad los relativos á comunidades religiosas, en las Naciones donde todavía no se las concede capacidad de suceder, se hacen instituciones sin acuerdo previo, sobreentendidas simplemente, que al fin producen todos los efectos deseados. El peso de estas razones es tan grande, que no podemos ni debemos entrar á discutirlas.

¿Se necesitará, en cambio, que haya entrega de bienes al incapaz para que la interposición se declare probada? En rigor de doctrina, el motivo con que se habla de las personas interpuestas y se anula la disposición testamentaria favorable á ellas, está únicamente en la necesidad legal de evitar que los bienes se transmitan á un incapaz; por consecuencia, faltando la entrega de los bienes, falta el fundamento de la disposición. Pero con razón dice Mazzoni que el fraude existe desde luégo, una vez probado el pensamiento del testador de favorecer al incapaz; y que la entrega de los bienes, esto es, la ejecución ó la no ejecución del pensamiento ilícito es cosa independiente, que no modifica las condiciones del hecho primitivo. Por otra parte, hay muchos medios para que el incapaz se aproveche de la disposición sin recibir materialmente los bienes, dándosele, por ejemplo, en administración, en usufructo, en arrendamiento, en venta, etc., medios á los que sería aventurado y peligroso aplicar la prueba. Añadamos nosotros que habría evidente contradicción en declarar probado, de una parte, el pensamiento de hacer pasar los bienes á un incapaz, y en permitir, por otra, la adquisición de los mismos á la persona nombrada solamente como intermediaria. Permítasenos añadir también que si la no entrega de los bienes (durante los cinco años en que la acción puede ej tarse contra el incapaz) hiciese válida la disposición, el prec que se contiene en este artículo sería siempre letra muerta.

Mazzoni incurre después, á nuestro juicio, en un error cual

separándose de la doctrina establecida ya por los Tribunales de su patria, afirma que no hay necesidad de conocer al incapaz para que la interposición pueda declararse. ¿Cómo es posible hablar de la interposición en favor de un incapaz sin determinar antes quién es éste? En sí mismo, el hecho de autorizar la discusión de si el nombramiento del heredero es ó no justificado y si responde ó no á un pensamiento directo del testador, sin discutir al mismo tiempo la posibilidad de haberse querido favorecer á otra persona, constituye un agravio á las buenas doctrinas de la testamentifacción y repugna á la conciencia jurídica. Pero es además el colmo del absurdo que se declare nula, á título de favorecer á un incapaz, una disposición testamentaria que, en el supuesto de Mazzoni, no tiene otro vicio demostrable que el de aparecer poco justificada la designación del testador.

Suscitan también los comentaristas extranjeros la cuestión de si muerto antes que el testador el incapaz en cuyo beneficio se hiciera la disposición testamentaria, será válido ó nulo el nombramiento de heredero en favor de la persona interpuesta. Mazzoni entiende que es válido, mientras Borsari en Italia, y Aubry y Rau en Francia, aparte de otros, le consideran nulo.

Se impone la opinión de estos últimos autores por argumentos incontrastables.

Ciertamente, desde el momento en que el incapaz fallece sin entrar á la herencia, la disposición testamentaria no resulta hecha en favor de un incapaz, motivo único de la prohibición de la ley. El heredero designado por el testador, el interpuesto, no tiene incapacidad; la falsedad de la causa no es tampoco alegable para impugnar su institución (art. 767). ¿Por qué, pues, privarle de la herencia?

Pero es incontrastable, repetimos, que la nulidad de esta disposición testamentaria arranca del momento en que se ordenó. El hecho posterior de la muerte del incapaz no destruye el esencialísimo vicio de nulidad con que fué ordenada. Por otra parte, ---bado el intento de la interposición, lo está también el de no orecer con la herencia á la persona designada, á cuyas manos arían los bienes indebidamente, si la disposición prosperase. Examinados ya los aspectos y las cuestiones prácticas de ma- importancia á que da origen este artículo, remitámonos para

terminar al 760 y al 786, relativos al mismo asunto, el primero por los efectos de la interposición en cuanto al incapaz que indebidamente disfrutó los bienes, y el segundo por la relación de esta interposición de herederos con las instituciones fideicomisarias de encargo secreto.

ART. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.° Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.

2.° El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho á la legítima.

3.° El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.° El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5.° El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6.° El que, con amenaza, fraude ó violencia, obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo.

7.° El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterare otro posterior.

Concordancias.—Semejante al art. 617 del proyecto de y al 754 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.

Fuero Juzgo.

Ley 1.ª, tit. II, lib. III.—Si la mugier despues de muerte de su marido se casa con otro ante que cumpla el anno, o fiziere adulterio, la meetad de todas sus cosas reciban los fiios della e del primero marido. E si non a fiios, los parientes mas propinquos del marido muerto ayan la meytad.

Ley 8.ª, tit. II, lib. III.—... E si ella casar sin voluntad del padre o de la madre y ellos non la quisieren recebir de gracia, ella nin sus fiios non deven heredar en la buena de los padres porque se casó sin voluntad dellos...

Ley 5.ª, tit. II, lib. V.—...E si faze adulterio, o se casa cuemo non deve, deve perder quantol diera el marido; e deve tornar al primero marido o a sus herederos.

Fuero Real.

Ley 3.ª, tit. IX, lib. III.—Quando fijo, o otro heredero por ruego o por falago, a su padre, o a su abuelo tuelle de facer la manda que quiera facer, e facergela facer de otra guisa, no debe haber la pena que por fuerza embarga al padre o al abuelo que no faga la manda, o que le tuelle que no pueda haber los testigos, o Escribano con quien faga la manda. Otrosi, haya la pena quien por fuerza ficiere a padre o a abuelo facer manda, o en otra manera que la que el queria facer.

Ley 4.ª, tit. IX, lib. III.--Si alguno que no hobiere herederos derechos, ficiere su manda, e ficiere en ella heredero partiero a otro qualquier, si aquel que fizo heredero lo matare despues, o fuere en su muerte, o si lo matare otro, e no demandare su muerte, no herede en lo suyo, e todo quanto habia de haber de aquel heredamiento, hayalo el Rey; y esto mesmo sea en los
o en los nietos, e dende ayuso. Otrosi, mandamos que quien
r que sea heredero derecho por manda de otri, que no sea
o nieto, o dende ayuso, si dixere que aquella manda es falsa
ue es heredero, que no haya en ella nada, e finque todo al
uanto el debia haber.

Ley 5.ª, tít. IX, lib. III.—Porque manda la Ley que el heredero, quier sea fijo, quier otro, que no demandare la muerte de aquel que es heredero, que no haya nada de lo que debie haber, mandamos que esto se entienda de aquellos que han edad cumplida, e que son varones, e si fuere sabido quien fue el matador e que sea en la tierra, e que sea poderoso de demandarle la muerte.

Ley 9.ª, tít. XII, lib. III.—Si el marido diere a su muger alguna cosa que gela pueda dar, y ella despues de muerte de su marido ficiere buena vida, hayala fasta su muerte, y a su muerte faga dello lo que quisiere: e si fijos derechos no dexa, e si manda no ficiere, tornese al marido que lo dio o a sus fijos derechos, o herederos si fijos no hobiere de bendicion, si fuere muerto: e si por aventura, despues de muerte de su marido, no ficiere buena vida, pierdalo todo quanto le dexó el marido, y hayanlo los herederos del marido.

Las Siete Partidas.

Ley 26, tít. I, Part. 6.ª—Malamente yerran algunos omes, embargando a las vegadas a otros, que non puedan fazer testamento. E por ende es guisado, que non finquen sin pena aquellos que lo fizieren. Onde dezimos que qualquier que tal embargo fiziere a otro, que deue perder el derecho, que deue auer en los bienes de aquel que destoruo, en qual manera quier que los deuiesse auer. E aquello que el perdiere por esta razon deue ser de la Camara del Rey. E esta pena deue auer, por el grand yerro que fizo a Dios, e por el atreuimiento e el tuerto que faze al Señor de la tierra e al alma del finado, e a todos los otros omes, en dar mal exemplo de si.

Ley 27, tít. I, Partida 6.ª—Vanas e malas razones mueuen a los omes a las vegadas, a embargar a otros que non fagan sus testamentos. Ca algunos y a dellos, que fazen esto porque los ayan establescido sus herederos en sus testamentos, e veyendo que quieren fazer otro testamento, embargan que lo non fag nin cambien, aquel que aulan ya fecho. Otros y a, que son propincos, que atiendan de heredar los bienes de sus parien si acaesciere que mueran sin manda: e por ende embargar

que non lo puedan fazer. Otros y a, que maguer, consientan que fagan testamento, con todo esso, quieren que lo ordene a su guisa e a su plazer. E este embargo fazen en muchas maneras, assi como faziendo fuerça, a aquellos mismos que quieren fazer sus testamentos, de guisa que los non pueden fazer. E otros y a que amenazan los escribanos e a los testigos con quien lo han de fazer, en manera que non osan venir á aquel que quiere fazer su testamento de lo suyo. E por ende manda mos: que qualquier que embargasse a otro en alguna destas maneras sobredichas, o en otra semejante dellas sil fuere prouado: que pierda el derecho que podia auer en los bienes de aquel a quien fizo este embargo, en qual manera quier. Empero si fuerça, nin premia ninguna nol fiziesse, mas rogandole, por buenas palabras, lo aduxese, a que non fiziesse testamento, estonce no perderia lo que deuia auer o heredar de los bienes dél, maguer el otro por su dicho, o por sus palabras, se dexasse de fazer el testamento: o de cambiar, el que ante auia fecho E otrosi dezimos que si los fijos embargaren al padre, que non faga su testamento, que non puedan despues heredar en los bienes del padre maguer muera sin manda. Mas si fuessen dos fijos o más: e el vno dellos embargasse que non fiziesse el testamento non los otros: aquellos que lo non embargassen, deuen auer cada vno su parte, e la parte de aquel que lo embargo deue ser del Rey. E esso mismo seria, si el padre embargasse al fijo, que non fiziesse su testamento, de las cosas que pudiesse fazer.

Ley 29, tit. I, Partida 6.ª — Voluntad auiendo algund ome de establescer á otro por heredero en su testamento, o de mandarle alguna cosa en el: si otro tercero lo embargasse por fuerça, ó por engaño, que lo non fiziesse: si el embargo o el engaño podiesse ser prouado: deue aquel que lo fizo pechar al otro a quien deue ser fecha la manda, doblado, todo aquello quel fizo perder por tal razon como esta.

Ley 30, tit. I, Partida 6.ª—Enferman a las veces los pelegrinos e los romeros andando en sus romerias, de manera que iendose muy cuytados de las enfermedades, han de fazer testamentos e sus mandas, e porque acaescio ya en algunos ares, que aquellos en cuyas casas posauan, los embargauan iciosamente, que non pudiessen esto fazer, con intencion si muriessen, que se fincassen en ellos todas las cosas que

trayan. Por ende defendemos, que ninguno ome de nuestro Señorio, non sea osado de fazer tan gran maldad como esta de los embargar nin contrallar en ninguna manera, que ser pueda, que non fagan sus testamentos e sus mandas, en la manera que quisieren. Ante tenemos por bien, e mandamos: que ayan libre poder para fazerlo e como quier que ellos ordenaren e establescieren, e mandaren fazer de sus cosas con razon e con derecho, assi lo otorgamos e tenemos por bien que vala: e ninguna costumbre mala o priuilejo que ouiesse en algund logar contra esto, non gelo pueda embargar: E si alguno contra esto fuere: mandamos que resciba pena en aquello mismo, en que erro, de manera, que de alli adelante, testamento, nin manda que fiziesse non vala en ninguna guisa. E demas desto mandamos que el judgador del lugar do acaesciere, le faga escarmiento por ello en el cuerpo e en el auer, segund entendiere que meresce, catando qual fue el yerro que fizo, e la persona contra quien fue fecho.

Ley 4.ª, tit. III, Part. 6.ª

Ley 5.ª, tit. III, Part. 6.ª

Véanse los *Precedentes legales* de los artículos 744 y 745.

Ley 13, tit. VII, Part. 6.ª—Seys razones principales mostraron los sabios antiguos, que por cada vna dellas deue perder el heredero la herencia del finado. La primera es: quando el señor de los bienes fue muerto por obra, o por consejo de algunos de su compaña, si el heredero sabiendo esto entrasse la heredad, ante que fiziesse querella al Juez, de la muerte de aquel cuyos bienes podia heredar. Mas si al testador ouiessen muerto otros estraños, que non fuessen de su compaña, bien podra su heredero entrar la herencia, e despues fazer querella de la muerte del, fasta cinco años. E si fasta este tiempo non lo fiziere, deuela perder, e deuegela tomar el Rey, assi como á ome que la non merece. La segunda razon es: quando el heredero abre el testamento de aquel que lo establescio, ante que fiziesse la acusacion de los matadores del, seyendo sabidor de los que le auian muerto. Pero si non lo sopiesse o fuesse aldeano nesio estonce no perderia la herencia por esta razon. La tercera e fuesse sabidor en verdad, que el testador fuesse muerto obra, e por consejo, o por culpa del heredero. La quarta quando el heredero yoguiesse con la muger de aquel que l-

tablescio por heredero. La quinta es: si el heredero acusasse el testamento, o la escritura en que fuesse establescido, diziendo que era falso, siguiendo esta acusacion fasta que diessen juyzio sobre ella. Ca si fuesse fallado el testamento por verdadero, perderia el por ende la herencia. Esso mismo seria si el heredero fuesse personero, o abogado para seguir tal acusacion como esta contra el testamento, en que fuesse establescido. Fueras ende si lo fiziesse por pro, o por mandado del Rey, o si fuesse guardador de algund huerfano e razonasse contra el testamento por pro del, ca estonce non le empesceria. La sesta razon es: quando el testador rogasse al heredero en poridad que diesse aquella heredad en que le establesciesse a algund su fijo, o a otro, que lo non podia heredar, porque le era defendido por la ley. Ca si el heredero compliesse tal ruego, o mandamiento del testador, e la entregasse al otro, perderia por ende el derecho que auia en la heredad. E por qualquier destas seys razones sobredichas pierde el heredero la herencia; e deuela auer el Rey; e por estas mismas razones que el heredero deue perder la herencia; por essas mismas perderian las mandas, aquellos a quien fuessen fechas.

Ley 17, tit. VII, Part. 6.ª—Cuydarian algunos que todas las cosas que son tomadas á los que las non merescen que deuen ser de la camara del Rey. E por ende dezimos que cosas y ha en que non seria assi. E esto seria como si dixesse el testador e mandasse a algund ome alguna cosa señaladamente: e despues desto dixesse que rogaua a aquel ome que fuesse guardador de sus fijos a que llaman en latin tutor. Ca si este atal non quisiesse ser guardador de los moços non merescia auer la manda. Pero tal manda que se toma a este por razon que era desconosciente al fazedor del testamento, sera de los huerfanos sobredichos e non del Rey. Otro si dezimos que si algund ome furtasse el testamento en que le ouiessen fecho alguna manda que la pierde por esta razon, e que deue ser de los herederos del testador e non del Rey. E aun dezimos, que si el testador establesciere por su heredero a alguno cuydando sin dubda ninguna que era su

que si despues de la muerte del testador fuesse sabido en ad que non lo era, perderia por ende el heredero tal here- porque non la meresce auer, pues que sabido es verdadera- ɔ que non es su fijo del finado. Pero tal herencia como esta

non seria del Rey, mas de los parientes mas propincos del testador si los ouiesse. E si parientes non ouiesse, estonce deue ser del Rey. Esso mesmo seria si algun christiano estableciesse por su heredero a algun herege o moro o judio. Ca la heredad en que fuesse establescido por heredero alguno destos sobredichos, auerta y au los mas propincos parientes del testador e non el Rey, maguer estos atales non la meresciessen auer. Otro si dezimos que quando algun fijo fuesse sin piedad que non quisiesse pensar de su padre que fuesse furioso o desmemoriado podiendolo fazer: e pensasse otro estraño del, segund diximos de suso en las leyes que fablan en esta razon, que por ende pierde la heredad como ome que la non meresce auer. Con todo esso, tal herencia como esta non seria del Rey, mas de aquel estraño sobredicho que penso del, dandole lo que le era menester en su vida. Esso mismo seria, si algun ome yoguiesse en catiuo e el fijo o el otro que lo ouiesse a heredar non lo quisiesse sacar de catiuo: assi como de suso diximos. Ca maguer este atal perdiesse la heredad, e non la meresciesse auer, por tal razon como por esta non seria del Rey: mas deue ser dada para sacar captiuos, assi como ya diximos.

Ley 28, tit. I, Part. 6.ª—Faziendo algun ome su testamento en que establesciesse por su heredero sieruo de otro, si despues desto quisiesse fazer otro testamento e el Señor del sieruo le fiziesse engaño en alguna manera o embargo porque lo non pudiesse fazer, maguer despues desto aforrasse este atal a su sieruo, porque pudiesse heredar los bienes de aquel que lo ouiesse establescido por su heredero, pierde por ende aquel que fue sieruo el heredamiento, por el engaño, o por el embargo que fizo su Señor maguer que el sea sin culpa. E estos bienes deuen ser del mas propinco pariente de aquel quel auia fecho su heredero en el testamento; fueras ende, si este que lo embargasse fuesse el mismo el mas propinco pariente. Ca estonce non lo auria el, mas deue ser del Rey.

Novísima Recopilación.

Ley 11.ª, tit. XX, lib. X.—Si algún hombre fuere muert traición ó á tuerto, y sus herederos quisieren heredar sus bie por herencia, y los resciben, y la muerte no querellan de

de cinco años por querella de justicia ante el Rey ó ante sus Alcaldes, pierdan la herencia que del finado han recaudado para la nuestra Cámara; y esto se entienda en aquellos que han edad cumplida, y son varones, y si fuere sabido quién fué el matador, y que sea en la tierra, y que sea poderoso para demandar la muerte.

COMENTARIO.—*Naturaleza de la indignidad.*—La indignidad ¿es incapacidad?

Nuestros tratadistas distinguían antes los incapaces y los indignos. Hablábase de incapacidades absolutas y de incapacidades relativas, y, al mismo tiempo, de personas excluídas de la sucesión como indignas. El proyecto de Código de 1851 hacía también esta distinción, siguiendo el precedente del Código francés, que dice así: «Se consideran como indignos para suceder, y quedan, por lo tanto, excluídos de la sucesión...»

El Código de Méjico y el italiano se han separado después de este camino. En el primero no se llama indignos á los herederos, sino incapaces por razón de delito. En el segundo se les llama indignos, pero se les considera también incapaces. Su redacción es análoga á la del nuestro: «Son incapaces de suceder como indignos...»

Borsari y algunos otros tratadistas sostienen todavía que la indignidad debe llamarse exclusión y no incapacidad. No se nos alcanza, sin embargo, ni la da Borsari, una razón sólida de convicción tan extendida. El único argumento consiste en suponer que los indignos de la herencia no están impedidos de conservar la misma, y que la prohibición legal depende, no de que sean incapaces al tiempo de la sucesión, sino de haberlo sido en fecha precedente por ciertos actos deshonrosos.

A continuación destruyen ellos mismos sus razones, estableciendo la excepción del caso de falta de denuncia de la muerte violenta del causante, en el que el hecho es posterior y no anterior. Pero de todos modos, ¿qué consecuencias se deducen del ---umento de Borsari? Mejor todavía, ¿en qué consiste el argu-to? ¿Qué diferencia hay entre el indigno y los incapaces re-ros, el confesor, por ejemplo, en cuanto á la posibilidad de ·ervar la herencia y en cuanto al momento de la incapaci-? A poco que se medite acerca de esto, se comprenderá que

es todo un juego de palabras, en que, por influencias de la tradición, se han empeñado autores tan ilustres; y que, en el fondo de las cosas, la indignidad, como hecho que motiva la prohibición de suceder, es una verdadera forma de incapacidad, igual á la que se halla establecida, por causas de otro género, respecto del confesor, del tutor y del Notario, en los artículos anteriores.

Otra cuestión suscitan también los tratadistas comparando las causas de indignidad y las de desheredación. Pothier fué quien primeramente las consideró idénticas; y hanle seguido en la teoría la mayor parte de los autores, y en la práctica la mayoría de los Códigos. El francés y el italiano han suprimido la desheredación, y reducido todas las antiguas causas de ésta á las precisas de la indignidad de suceder.

No obstante estos modelos teóricos y legislativos, nosotros entendemos que es muy diferente la situación del heredero necesario y la del voluntario en la materia de indignidad: el primero disfruta de una cualidad que anticipadamente le coloca en condiciones para suceder por fuerza; su consideración hacia el causante, por lo tanto, ha de ser más viva, aun sin tener en cuenta la proximidad del parentesco, que la de un pariente remoto ó la de un extraño, á quienes acaso ni siquiera ocurre la posibilidad de tal herencia. A aquel mayor grado de consideración corresponde *a sensu contrario* una mayor gravedad en las ofensas cometidas; y, por consecuencia, los actos con que se debe excluir de la sucesión al ofensor, deben también ser más numerosos en ese que en el otro caso.

Nosotros pediríamos un estudio cuidadoso de todo género de ofensas, y una definición bien entendida de su distinta gravedad, según las circunstancias, cosa que verdaderamente no se ha hecho; pero igualar en condición á un hijo y á un extraño, en cuanto á los motivos que pueden hacerle indigno de la herencia, parécenos muy poco justo y muy expuesto á inconvenientes. A riesgo, pues, de que se nos considere rutinarios, votamos decididamente en este punto con el redactor de nuestro Código, y con el de su concordante mejicano, á quien tampoco ha sed[illegible] la nueva teoría.

***

Antecedentes históricos de la indignidad.—Ya hemos reseñado, al comentar el art. 644, las causas de la indignidad en Roma, y aquellas que, en el *Fuero Juzgo*, sirvieron á la unión de leyes de vencedores y vencidos.

Vino después el *Fuero Real*, reproduciendo algunas de las causas establecidas en el de los Jueces, y ocupándose ya determinadamente de la indignidad, en el *título IX del libro III*, que lleva por epígrafe «*De los desheredamientos*». Trata su *ley 2.ª* de los casos en que el hijo puede ser desheredado; y ocúpase *la 4.ª*, con una perfecta distinción, de aquellos otros en que, no habiendo herederos derechos, el que hubiese sido *ingrato* á su causante debe ser excluído de la sucesión.

Tres causas menciona dicha ley: 1.ª, si aquel á quien se nombró heredero, matara después al testador, ó contribuyera á ello; 2.ª, si lo matara otro, y el heredero no demandara su muerte; 3.ª, si dijere que es falsa aquella manda en que es heredero.

Completan la doctrina del *Fuero Real las leyes 13, 14, 15, 16 y 17 del tit. VII, Partida 6.ª* Las causas de indignidad que se establecen como principales son seis:

1.ª No querellarse el heredero al Juez de la muerte violenta del testador;

2.ª Abrir el testamento antes de hacer la acusación de los asesinos del causante, siendo sabedor de quiénes eran;

3.ª Ser sabedor de que el testador había muerto por obra, culpa ó consejo del heredero;

4.ª Cometer adulterio con la mujer del testador;

5.ª Acusar de falso el testamento ó escritura en que se le nombró heredero, y

6.ª Recibir la herencia para entregarla á un incapaz.

A estas causas une la *ley 17* otras cuatro, «*por yerro que ouiesse fecho el heredero*»:

1.ª Cuando el tutor nombrado en testamento no lo quisiera ser.

2.ª Cuando algún hombre robase el testamento en que le hubieran hecho manda;

3.ª Cuando el hijo, pudiéndolo hacer, no cuidara de su padre ...so ó desmemoriado; y

Cuando, cayendo algún hombre en cautividad, el heredero ...libertase.

...as causas de indignidad, con más la de la viuda que vi-

viera deshonestamente, según vimos que la establecía el *Fuero Juzgo*, y que después la confirmaba el *Fuero Real en la ley 9, título XII, del libro III*, eran las que mencionaban los autores con anterioridad al Código.

A la publicación de éste han desaparecido la de vivir la viuda deshonestamente y la de acusar de falso el testamento (artículo 675). Se han refundido en una sola la de no denunciar la muerte del causante y la de abrir el testamento antes de hacer la acusación del asesino. Han pasado á las causas de desheredación la de no socorrer el hijo al padre siendo furioso ó desmemoriado ó habiendo caído en cautividad. Han ido al número de incapacidades relativas la del tutor que no acepte el encargo y la del que recibe la herencia para entregarla á un incapaz. Todas las demás se han conservado, añadiéndose á ellas las de los padres que abandonaren á sus hijos ó prostituyeran á sus hijas ó atentaren á su pudor, y trayéndose, desde las causas de desheredación, la de acusar al testador de algún delito grave calumniosamente.

*
* *

Número y clasificación de las causas de indignidad.—¿Son muchas ó son pocas las causas de indignidad establecidas?

El Código francés las redujo á tres: muerte violenta del testador, acusación calumniosa de delito grave y falta de denuncia del asesinato ú homicidio del causante. El italiano suprimió esta última y añadió dos nuevas, las mismas que ocupan el sexto y séptimo lugares en nuestro art. 756. El de Portugal redújose á la muerte airada del testador y á la violencia en impedir la revocación de su testamento. El de Guatemala no trata de la indignidad sino como motivo de desheredación del heredero legitimario. Únicamente ha sido pródigo de determinación de causas, el de Méjico, que enumera once, añadiendo á las comprendidas en el nuestro la de la persona que, conforme al Código penal, fuera culpable de sustitución, supresión ó suposición de infante, tratándose de la herencia que debería corresponder á éste las personas á quienes se haya perjudicado con sus actos única novedad, fuera de estos Códigos, es la del austriaco, considera indignos al desertor y al emigrado voluntario.

Debemos repetir ahora que hubiera sido conveniente un minucioso estudio de todos los motivos que pueden merecer la indignidad. A medida que se aumenta el número de causas, como en el de Méjico y en el nuestro, realízase mayor justicia, cuando estas causas son en realidad ofensas graves, de las que deben romper ó anular los vínculos con el testador. Pero, al mismo tiempo, es indispensable tener cuidado especialísimo en abarcar en grupos y en sujetar á bases fijas los criterios de la penalidad, pues de otro modo córrese el peligro de que hechos análogos se castiguen unos y queden en la impunidad otros, y el no menor de que se imponga correctivo á ofensas medio graves, dejando olvidadas muchas de verdadera gravedad. Á poco que se medite sobre esto, con nuestro Código en la mano, se encontrarán enormes deficiencias, cuya exposición aquí no es necesaria.

En tres grupos divide Paoli las indignidades: por atentados á la vida, á la fama y á la libertad del testador. Esta clasificación es poco precisa, pues con arreglo á ella, sería difícil definir el género á que pertenecen las señaladas con los números 1.°, 4.° y 5.° del art. 756 de nuestro Código. Á nuestro juicio, no habría que salir mucho del Código penal para encontrar en él, enumerados y clasificados, los actos que deben constituir á una persona en calidad de indigna para suceder á otra.

Indican los autores que la sanción civil es independiente del hecho penal, y que la indignidad no puede concebirse como verdadera pena. Asentimos sin dificultad á esto; pero teniendo en cuenta que, fuera del orden penal, sólo en la violación de los deberes familiares, como el comprendido en la primera causa de las que vamos á estudiar, se pueden ver motivos verdaderos para tan graves consecuencias civiles.

* * *

1.° *Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.*—Esta causa de indignidad ... heredero es nueva en la legislación de España. Su antecede único es el de la *ley 17, tít. VII, Part. 6.ª*, que, sin embargo se refiere sólo á «*quando algun fijo fuesse sin piedad, que quisiesse pensar de su padre que fuesse furioso, o desmemorado, pudiendolo fazer;*» disposición que el art. 617 del pro-

yecto de 1851 ampliaba en esta forma: «El pariente del difunto que, hallándose éste loco ó demente y abandonado, no cuidó de recogerle ó hacerle recoger en un establecimiento público.»

El Código francés, el de Portugal y el italiano, no tienen disposiciones semejantes á la que se establece en este núm. 1.° Sólo el de Méjico, en el núm. 5.° y en el 8.° de su art. 3.428, considera como indignos «al padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos,» y «el padre ó la madre respecto de sus hijos naturales ó espúreos y de los descendientes de éstos, si no ha reconocido á aquéllos;» disposiciones ambas en que no se puede hallar una verdadera analogía.

De aquí resulta una positiva dificultad para comprender lo que el legislador pensaba al hablar del abandono de los hijos por parte de sus padres. Este abandono, ¿será sólo el que resulta de la exposición del hijo, causa de indignidad en el Código de Méjico? ¿Comprenderá además el caso de no reconocimiento de los naturales, ó se podrá ampliar aun á hechos distintos, de los infinitos que comprende la acepción vulgar del abandono?

Cabe considerar como abandono, en efecto, la negativa de alimentación, la incuria en dotar al hijo de medios intelectuales para la adquisición de su sustento, la mala fe ó el deficiente celo con que se le dejó fuera del hogar...

La redacción del art. 854, relativo á las causas por que se puede desheredar á los padres y demás ascendientes, resuelve, sin embargo, la cuestión en forma que no permite grandes dudas. «Serán justas causas, dice, *además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.° y 2.°*... las siguientes:... 2.°. Haber negado los alimentos á sus hijos ó descendientes sin motivo legítimo.»

Por consecuencia, si esta segunda causa, de negativa de alimentos, no está comprendida en el núm. 1.° del art. 756, según da á entender claramente el adverbio *además*, el abandono de los hijos para considerar indigno al padre—es solamente el comprendido en la acepción estrecha y puramente jurídica del vocablo, el de la exposición.

En este sentido no podemos menos de aplaudir al Código, conociendo que se inspira en fines muy laudables y que da satisfacción á sentimientos bien notorios de las sociedades cu Cualesquiera motivos que obliguen á exponer un hijo, l-

ción social, la falta de recursos, etc., hay en este hecho un algo repugnante que excita siempre la protesta, y que jamás se exime de la universal reprobación.

Hagamos observar que el giro sintáxico de este número del artículo 756 puede ocasionar la duda de si se refiere sólo á los varones en la cuestión del abandono, puesto que trata de los que abandonaren á *sus hijos* y prostituyeran á *sus hijas*. No es este el único vicio gramatical del apartado, porque, por otra parte, la conjunción copulativa que une sus conceptos implica la significación expresa, tan expresa como insostenible, de que la indignidad del padre sólo existe cuando concurren ambas causas, el abandono y la prostitución.

Otra duda, de mayor alcance, se origina de la diferencia natural de colocación del padre y de la madre, respecto del abandono de los hijos. Una vez expuestos éstos, cabe suponer la conformidad del padre y de la madre en semejante resultado; pero también puede ocurrir que sólo el padre se desentienda de su hijo; que la madre, no obstante, le acepte, le crie y le eduque, y que, en fin, no haya exposición, aun aportadas por el padre todas sus lamentables circunstancias. Este frecuente caso es el de los hijos naturales no reconocidos por el padre, á que, como hemos visto, se refiere la octava de las causas de indignidad establecidas en el Código de Méjico.

Rara vez ha de presentarse la cuestión; porque, en primer lugar, á falta de reconocimiento, no cabrá hablar de padres, como capaces ni incapaces; y en segundo término, porque dentro de la sucesión testamentaria, el padre se considera entonces un extraño, sin nota de indignidad, naturalmente, por el concepto de abandono. Para que ocurra la dificultad ha de tratarse de sucesión *ab-intestato*, de un hijo no reconocido en vida, y de un padre que verifique el reconocimiento con posterioridad, á fin de conseguir la herencia. Y, en este caso, nosotros entendemos que no podrán concederse derechos sucesorios, por el inconveniente de la indignidad, aunque no se hallaran obstáculos ...ores en otras varias causas.

La segunda parte de la disposición no ofrece duda alguna en ...nto á los atentados al pudor de las hijas, puesto que el Código ...l detalla claramente estos atentados. Ofrécela, en cambio, lo ...ivo á la prostitución que, á más de la que castiga dicho Có-

digo en concepto de seducción de menores, puede consistir, sin formas de delito, en malos ejemplos, tolerancias indiscretas, direcciones viciosas, órdenes ó consejos corruptores, causas todas que, según el art. 171 del Código civil, facultan á los Tribunales para privar al padre de derechos sobre las personas y los bienes de sus hijos.

Si el art. 854 del Código, antes aludido, hubiera hecho indicación de estos motivos de pérdida de la patria potestad, incluyéndolos entre las causas de desheredación, nosotros entenderíamos que había dejado de considerárseles comprendidos en la indignidad. No ha sido, sin embargo, así, puesto que el núm. 1.° del repetido artículo habla sólo de haberse perdido la patria potestad por las causas expresadas en el art. 169.

En su virtud, siendo tan poderosas las razones con que la legislación civil ha de atender al ejercicio honrado de la potestad paterna; habiendo considerado como fundamentos de su privación los ejemplos, órdenes y consejos corruptores de los padres; y no estando, sin embargo, comprendidos éstos entre las causas de desheredación, juzgamos que han de estarlo necesariamente en la de indignidad que se define con el vocablo «*prostituyeren*».

Terminemos reconociendo el buen sentido que preside también en este particular al Código, haciendo figurar como la primera de las indignidades para suceder la que verdaderamente constituye la más monstruosa indignidad humana; y reservemos para el art. 758 tratar una cuestión que ocurrirá en esta materia siempre que el caso se presente: la necesidad ó no necesidad de previas resoluciones judiciales acerca de los hechos que constituyen la indignidad de suceder establecida en primer término.

* * *

2.ª *El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes*—Ya en las Partidas incurre en causa de desheredación el hijo «*quando... a sabiendas e sañudamente mete manos airadas en su padre para ferirle*»; como del mismo modo incurre en ella el padre si «*se trabaja de la muerte de su fijo, que sea dolo matar con yeruas o con fierro, o con algund maleficio, o en otra manera cualquier que fuesse*»; por cuya razón tan-

puede el hermano ser pospuesto á una persona torpe. Semejantes actos, sin embargo, no estaban comprendidos en el número de causas de indignidad de la *ley 13, tit. VII de la Part. 6.ª*, ni se han considerado como tales hasta la publicación del Código.

Hureaux recuerda fragmentos de Bartolo y Lebrún, queriendo demostrar que, desde muy antiguo, el que atentaba contra la vida de una persona pasaba al número de los indignos de heredarla. Lo único, sin embargo, demostrado es que se incurría por este hecho en causa de desheredación, siendo tanto más de notar la diferencia cuanto que, precisamente en los casos más significados, en los de muerte de la víctima, faltaba tiempo para castigar con la desheredación al asesino y para evitar, en consecuencia, que entrase desde luego á disfrutar de su derecho hereditario. La iniciativa de incluir estos atentados en la serie de motivos de la indignidad correspondió al Código francés, de donde lo copió ya nuestro proyecto de 1851, y de donde, con ligeras diferencias, ha pasado luego á los principales Códigos vigentes en Europa y América.

Tan evidente es la razón del precepto, que no requiere explicación alguna. Muchas y muy variadas circunstancias, como ya hemos visto, ponen á una persona en condiciones de no poder ser sucesora de otra; pero ninguna tan significativa como la de atentar contra su vida. La idea de que corresponda á un asesino la continuación de la personalidad del muerto, el goce de sus bienes y la defensa de su memoria, es de las que la conciencia pública no puede resistir y de las que la ley ha de evitar á todo trance, sustituyéndose á la voluntad del víctima y desatando, en todo lo posible, sus lazos con el ofensor.

Desde luego la frase «*atentar contra la vida del testador*», que usa el artículo, siguiendo en ello al Código de Portugal, es excesivamente indefinida. Alguna mayor precisión tienen el de Italia y el de Francia, que se refieren al hecho de dar ó de intentar dar la muerte; pero tampoco evitan todas las dificultades del asunto. Hácese preciso, en consecuencia, distinguir la clase de delitos á que el legislador alude, y las diferentes situaciones matador y de la víctima en todos y en cada uno de ellos, á formar exacta idea de la prohibición legal.

Los mencionados Códigos de Italia y Francia refiérense determinadamente al *asesinato* ó al *homicidio*, puesto que hacen

consistir la indignidad en dar la muerte ó en procurarla de cualquier manera. Pero cuando se habla sólo de los «*atentados contra la vida*», como en el de Portugal y en el nuestro, no sólo aquellos dos delitos, sino también el de lesiones, al menos el de *lesiones graves*, cabría considerarle comprendido en la disposición. Lesionar no es matar, pero es atentar contra la vida tomando en sentido amplio la disposición del Código. El que sin haber matado, y aun sin ánimo de matar, produce una lesión incurable, destruye un miembro de importancia, etc., cabe sostener que comete un atentado contra la vida de su víctima, no en toda su integridad, pero sí en un aspecto transcendente, al que el espíritu del legislador debiera alcanzar. Sin embargo, la interpretación en esta materia es restrictiva, y se introduciría de ese modo una ampliación, en contra del rigoroso sentido de la palabra *atentar contra la vida* que usa el Código.

El Código italiano requiere de un modo expreso para la declaración de indignidad que el atentado se cometa voluntariamente. Es claro que donde la voluntad no existe, donde el sujeto de la acción no es dueño, ni, por lo tanto, responsable de ella, falta la primera base y la más absolutamente imprescindible para la sanción legal. Del mismo modo, cuando el autor obró bajo el influjo de causas eximentes, incluso la que supone pleno conocimiento de las circunstancias, como la defensa propia, puede decirse que el atentado no ha existido, y, en consecuencia, no es posible hablar de indignidad.

Merece ser examinado también el caso de la *imprudencia temeraria*, que, aun considerada y castigada como delito propio y voluntario, no afecta este carácter sino en pequeña escala, en uno de los grados más cercanos á la total ausencia de intención. Hay algo que la separa de todos los demás delitos, aun en el orden mismo del Código penal, y un algo que aumenta extraordinariamente de importancia en el terreno de las causas de indignidad de suceder. En la imprudencia temeraria falta la voluntad directa de hacer mal; su autor es el primero á lamentar lo sucedido, como la víctima lo es frecuentemente á conceder perdón, y en estas condiciones, la base de la indignidad ofensa cometida contra el testador, no existe. Creemos, por mismo, que en esta clase de hechos el delincuente no debe considerado indigno, con tanta más razón cuanto que, en o

caso, la pena de la ley civil sería igual contra el autor de un atentado voluntario que contra el de un hecho producido por imprevisión ó por torpeza, acaso en daño de los más arraigados sentimientos del agente.

Otro caso de voluntad imperfecta en el autor, el de haberse realizado el hecho con causas *atenuantes*, ha dado origen á muchas controversias y á muy contradictorias opiniones de los tratadistas, pues mientras creen unos que debe producir indignidad y otros que la decisión de las dificultades en la práctica corresponde al arbitrio de los Tribunales, sostienen varios el criterio de que en ningún caso es indigno el condenado con circunstancias atenuantes.

Algunas de éstas hay, sin duda, como la obcecación y el arrebato, ó la vindicación de ofensas graves, en que el autor se encuentra colocado ante las gentes en situación de simpatía antes que de odio; pero la intención supuesta de la víctima, que es el terreno en que la ley debe colocarse, no parece que depende en nada de los más ó menos fuertes argumentos que tuvo el delincuente. En este sentido, la concurrencia ó no de causas atenuantes no modifica la cuestión, y así también, por otra parte, obliga á sostenerlo el texto del artículo al referirse al condenado en juicio, sin distinguir poco ni mucho las situaciones del culpable.

Por igual motivo, todas las dudas que cabe presentar por las diferencias existentes entre el *delito consumado*, el *frustrado* y la *tentativa*, y entre el *autor* y el *cómplice*, debemos también resolverlas con aplicación estrecha de la ley. Del mismo modo en unos casos que en los otros, existen una intención directa de hacer daño, una ofensa grave al causante, una presunta voluntad de éste contra aquél y una razón de pública moralidad, opuesta siempre á la sucesión hereditaria.

Con las palabras «*condenado en juicio*», el Código no da lugar á dudas importantes. Algunas, sin embargo, se pueden suscitar con relación al sobreseimiento, á la declaración de rebel-

á la prescripción del delito y de la pena, á la amnistía y al
lto.

n el *sobreseimiento* la cuestión es clara: falta la condena en
io, y, por lo tanto, la condición indispensable para la exis-
ia de la indignidad. En la *declaración de rebeldía*, supri-

mida ya entre nosotros la facultad de sentenciar contra el rebelde, tampoco tiene consistencia la cuestión. Lo mismo sucede en cuanto á la *prescripción de los delitos*, desde el momento en que con ella se hacen imposibles la discusión de la culpabilidad y la imposición del castigo.

La *prescripción de la pena*, únicamente, puede producir justificadas diferencias de criterio. Muy rara vez habrá lugar á discusión, por cuanto las penas, en esta clase de atentados, será difícil que prescriban antes que la petición de herencia; pero algún caso dudoso ocurrirá, con especialidad cuando el delito se cometa mucho tiempo antes de fallecer el testador, y sin haber éste remitido la declaración de indignidad, de la manera que requiere el art. 757. Dado este supuesto, sin desconocer la fuerza de los argumentos que por analogía pueden aducirse, nosotros entendemos que el punto de partida está en la condenación en juicio; que ninguna circunstancia sobrevenida con posterioridad puede alterar este hecho; y que el autor del atentado, háyase ó no cumplido la condena, entra de lleno en la prohibición del Código.

Por razones idénticas, el que cometió el delito y obtiene después *indulto* de él, ó es favorecido por *amnistía*, sigue también sujeto á la declaración de indignidad. La condición formal de haber sido el culpable condenado en juicio, no desaparece por semejantes hechos; y menos todavía el fondo de la indignidad, ó sea, la ofensa hacia el causante. Cosa muy distinta sería la *revisión* de la condena, puesto que si con ella se absolvía al reo ó se modificaban los motivos que le hicieron incurrir en indignidad, ésta debería desaparecer también con todas las consecuencias que hubiera producido.

El requisito previo de la condenación en juicio, á que nos venimos refiriendo, y que exige también el art. 727 del Código de Francia, tiene por objeto dificultar los procedimientos apoyados en la avaricia y en la enemistad. El Código italiano se hizo cargo de las dificultades á que se presta este sistema, por la posibilidad de que se acepten y reciban las herencias á nombre del rebelde ó del que falleció con anterioridad á la terminación del juicio, y optó por suprimir aquella condición; viniendo á resultar que, mientras en el primero de estos Códigos es indispensable la declaración penal, en el segundo, á falta de

el Juez civil tiene facultades para apreciar los hechos y para declarar indigno al que atentó contra la vida del causante.

Sin duda alguna hubiera sido de desear que nuestro Código, inspirándose en los motivos que determinaron la reforma obrada en el de Italia, hubiese abandonado el antiguo camino, no para permitir al Tribunal civil tan amplia acción como el de aquél, cuyo criterio es notoriamente expuesto á inconvenientes graves por la confusión de esferas del juzgar; pero sí para remediar de la mejor manera, sin destruir las lindes de los campos, los males advertidos. Como quiera que sea, la disposición de nuestro Código es bien terminante, y con arreglo á ella, mientras el heredero no se halle condenado en juicio criminal, mientras se carezca de sentencia firme en que se le declare autor del atentado, el Juez civil no puede, en modo alguno, declarar la indignidad. Todo, naturalmente, sin perjuicio de que la causa criminal, mientras no se falle, suspenda los procedimientos entablados por el heredero para la adjudicación de bienes.

*
* *

Debe advertirse que este artículo, lo mismo en el segundo número, sujeto ahora á nuestro examen, que en el tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, habla del testador. ¿Por qué del testador y no del causante? Los demás Códigos refiérense á los atentados contra la persona de cuya sucesión se trata, mientras que, tomado literalmente, parece que se hallan excluídos los casos de *sucesión ab-intestato*. Semejante creencia, sin embargo, resultaría perfectamente absurda, y á más contradictoria del epígrafe de toda la sección, que abarca por igual ambas sucesiones. Debemos, pues, atribuir el texto á error ó á descuido de forma.

La indignidad con que se castiga también á los autores de atentados contra la vida de los ascendientes, de los descendientes ó del cónyuge *del testador*, está tomada del Código de Méjico. Los motivos son demasiado evidentes para que debamos nernos á hacer su exposición. Aplaudamos, por consecuenla novedad que ofrece en este punto nuestro Código con ción al italiano y al francés, y hagamos ligera indicación — de otra novedad: la del segundo párrafo añadido.

Nada se encuentra en otros Códigos acerca de la pérdida de los derechos de legítima por el motivo de la indignidad, y realmente no se necesitaba disposición expresa, por cuanto, aun sin decirlo el Código, sería de todo punto temerario pretender que la declaración de indignidad arguya distinción entre los bienes de legítima y los libres. Sin embargo, el precepto puede no holgar enteramente, para evitar alguna vez discordias injustificadas.

De todos modos, hubiera sido conveniente que la disposición fuese general, como de hecho y de derecho debe ser, y no haberla sólo referido al caso de los atentados á la vida del causante. Las dudas que por una parte se evitan podrán surgir por otra, desde el momento en que se considere excepcional este precepto, y se pretenda no ser aplicable á todos los demás motivos de indignidad.

***

3.º *El que hubiere acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.*—También esta causa de indignidad del heredero estaba anteriormente comprendida entre los motivos de la desheredación. «*Si lo acusasse sobre tal cosa* (el hijo al padre) *de que el padre deue morir ó ser desterrado, si gelo prouassen*»; ó «*si el padre se trabaja de la muerte de su fijo, acusándole que auia fecho tal yerro porque deue morir ó perder algun miembro*»; ó «*si en algun lugar ó tiempo le oviesse acusado* (el hermano) *criminalmente á muerte ó perdimiento de miembro.*»

Una sola excepción establecían las Partidas en esta nota de infamia de los acusadores: «*si el yerro de que le acusaua fuesse atal que tanxesse á la persona del Rey, ó al procomunal de la tierra.*» Probándose la acusación en este caso, ya no era permitida la desheredación; en todos los demás, probáranse ó no los hechos imputados, el heredero quedaba incurso definitivamente en dicha nota.

Las legislaciones modernas, del Código Napoleón en adelte, rindiendo culto á los principios nuevos del orden crimi han modificado en este punto la doctrina antigua, y declar como nuestro Código, que sólo se es indigno cuando se a

calumniosamente. Doctrina es ésta que, en buena lógica, deriva de concebirse la persecución del crimen como función social, y, por lo tanto, sobrepuesta siempre á la ley civil y á las particulares relaciones de los ciudadanos, pero doctrina, de otra parte, poco en armonía con los individuales sentimientos de los hombres.

No sólo cuando se calumnió al causante con la acusación, sino cuando resultó verdad el hecho, queda un abismo entre el acusador y el acusado que no puede llenarse á nombre de la función social de castigar. Grave es que el hijo acuse al padre calumniosamente, pero no lo es menos que obre contra él por hechos ciertos.

La ley de Enjuiciamiento criminal ha respetado necesariamente los motivos con que los parientes próximos pueden y deben excusar su testimonio contra el reo; porque el afecto de familia es superior en la conciencia humana á las protestas que sugiere el crimen. En todo caso, aun fuera de los sentimientos familiares, hay algo odioso en la tarea de la acusación, algo que da colores repugnantes á la idea de que el encargado de esa triste obra, sea al mismo tiempo el llamado á la sucesión hereditaria del individuo á quien se daña con ella.

Creemos, resumiendo, que el propósito de los acusadores de un delito es digno de consideración social, pero no hasta el punto de hacerle compatible con el natural designio de los acusados. Entre aquéllos y éstos, especialmente dentro de nuestro sistema acusatorio, no puede haber comunidad alguna de intereses, sino combate abierto en todo y para todo. La idea, por ejemplo, de que un hijo intente y logre la condenación de su padre á penas aflictivas, es eminentemente opuesta á la de que siga disfrutando de sus derechos de heredero. Toda acusación, en consecuencia, sea ó no sea calumniosa, debe llevar, á nuestro juicio, envuelta la incapacidad de suceder al acusado, sin daño del derecho de éste á conceder perdón; y mientras así no se disponga, córrese grave riesgo de presenciar muy tristes espectáculos.

Conviene ahora que determinemos el sentido del vocablo *ar* dentro del artículo; puesto que, desde el vulgar co- o de la acusación, que puede empezar en una palabra a al aire, hasta el puramente jurídico, de la acusación en io criminal, mostrándose parte en éste y siguiéndole hasta

su terminación, caben diversos grados, de caracteres muy distintos.

El heredero que promueve el juicio por medio de querella, ó el que, iniciado ya el procedimiento, acude á él, tomando la parte atribuida por la ley á los acusadores, no puede abrigar duda alguna de que se encuentra comprendido en este artículo del Código. En cambio, el que se manifiesta parte solamente en cuanto á la *responsabilidad civil*, parece, sin esfuerzo, que se halla en muy distinto caso; primero, porque no acusa verdaderamente del delito; y segundo, porque defiende un interés de orden privado, no incompatible esencialmente con los que puede defender el reo.

Mayor dificultad ofrece la *denuncia* simple del delito. Denunciar no es acusar; ni la posición del denunciante, respecto del reo, es tan dura y tan de abierta oposición como la de los acusadores. Mazzoni, sin embargo, refiriéndose al Código italiano, que no difiere del nuestro en este punto, encuentra igual la situación de las personas; iguales malevolencia y crueldad en el perseguidor é igual voluntad en el causante contra él. Y añade luego un capitalísimo argumento: el de que, á requerirse la acusación en juicio, como la mayor parte de las acusaciones calumniosas se extinguen por sobreseimiento, se haría imposible casi siempre la declaración de indignidad.

Extiéndense los comentaristas italianos acerca de otros muchos modos calumniosos de procurar la condena del reo: el *falso testimonio, la falsedad de informes periciales, la ocultación de la verdad* en contra de los acusados, etc. La principal dificultad se encuentra en el primero de estos casos, y también las principales diferencias de criterio. Sostienen unos autores que por el sentido y por el resultado, el falso testimonio se equipara á la denuncia y á la querella falsas; que arguyen el mismo mal propósito por parte del agente y excitan de igual modo la repugnancia en que se funda el Código. Opinan otros que existen grandes diferencias en el orden penal entre la acusación calumniosa y el falso testimonio; que deponer con falsedad es violar un deber, pero no acusar, y que, en fin, no [illegible] mismo promover el juicio, manifestando al Juez hechos [illegible] desconocidos, que contestar al interrogatorio. En esta [illegible] nosotros nos inclinamos sin vacilación, y no obstante ser [illegible]

de hermenéutica la de aplicar un criterio restrictivo á las causas de indignidad, al primer extremo de la alternativa, entendiendo que la frase «*acusar*», empleada por el Código, no lo ha sido en el concepto de la ley de Enjuiciamiento criminal, sino en uno mucho más amplio, que abarca al mismo tiempo á todas las personas que contribuyen á un procedimiento injustamente dirigido contra otra.

Pero la acusación de que habla el Código, ¿habrá de ser precisamente por una intervención en causa criminal? ¿No causará los mismos resultados la calumnia lanzada, fuera de los Tribunales, por escrito ó verbalmente? Si la cuestión se hubiera de tratar sólo en teoría, no dudaríamos en responder de un modo afirmativo, puesto que el mal propósito es idéntico en uno y en otro caso, y la reputación del ofendido se perjudica de igual suerte. Pero el Código se expresa con suficiente claridad, hablando de una acusación, que se declara posteriormente calumniosa, y este doble término no existe tan marcadamente en el delito de calumnia. Por otra parte, hay mucha diferencia en cuanto al grado de perversidad en el autor, toda vez que la calumnia se produce momentáneamente, sin verdadero intento de perjudicar, en muchas ocasiones, mientras la acusación requiere calma, propósito deliberado y actividad sostenida. Parece, por lo tanto, que el primer caso no es bastante grave para producir indignidad, y que, por otra parte, si la produjera, podría servir no pocas veces de arma de los padres para castigar con la desheredación, injustamente, un extravío cualquiera de palabras en que incurriese el hijo.

En cuanto á la jurisdicción que debe declarar si es calumniosa la acusación del testador, nada nos queda que añadir á lo ya expuesto en el precedente número. Dicha declaración es de carácter penal, y, aunque no lo fuera, la circunstancia de no nacer la indignidad hasta que exista un fallo firme sobre la calumnia, hace imposible la intervención del Juez civil en ésta. Sólo cuando previamente se haya declarado calumniosa la acu-[illegible], pueden los Tribunales del orden civil conocer de ella á [illegible]ctos de la indignidad.

[illegible] último, el Código requiere que la acusación sea de delito [illegible]nga señalada una pena aflictiva. El Código Napoleón [illegible]ena capital, esto es, muerte natural ó civil, y, desapare-

cida ésta, dúdase si ha quedado reducido el precepto al caso de pena de muerte, ó si, como cree Delvincourt, se extiende á todas las penas infamantes. Entre nosotros no hay dificultad, puesto que el Código penal resuelve claramente el número y las clases de penas aflictivas á que este artículo del civil alude.

Queda, como último caso importante de duda, el de que, pidiéndose en la acusación una pena aflictiva, se imponga la condena de una correccional. Con evidente equivocación, Borsari entiende que la indignidad existe entonces. Nosotros creemos, al contrario, que no se declararía calumniosa la acusación, requisito previo y principal.

* * *

4.° *El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera ya procedido de oficio.*—Procede del derecho romano esta indignidad. Según Hureaux, la religión cristiana, aconsejando el perdón de las ofensas, no había impedido que los jurisconsultos creyesen un deber del heredero la acusación del homicida del causante. Así, en efecto, lo dispuso el Senato-consulto Silasiano, confirmado después por el Claudiano; pero en razón, según otros autores, de que la muerte misteriosa del patrono se suponía realizada por los esclavos, siendo un deber del heredero, bajo pena de infamia, abrir el procedimiento judicial para el castigo del delito.

Las Partidas copiaron íntegramente en este punto el derecho de Roma. La *ley 13 del tít. VII de la Partida 6.ª* colocaba en el primer lugar de los motivos por que se pierden las herencias, el de no hacer querella al Juez de la muerte del señor de los bienes; *la 15* de iguales título y Partida determinaba las excepciones del precepto, y ambas leyes han sido, hasta la publicación del Código, sin otra modificación que la de la *ley 11, título XX, lib. X de la Novísima*, el derecho español sobre el asunto.

El Código francés, en el tercer número del art. 727, de también indigno de la sucesión al heredero mayor de edad enterado de la muerte violenta del causante, no la haya denunciado á la justicia; pero ningún Código ha copiado esta dis

ción, salvo el austriaco. Las razones de haberse derogado en este punto el derecho antiguo son tan claras y tan poderosas que es lástima que se haya prescindido de ellas al redactar nuestro art. 756.

En primer término, las antiguas ideas de derecho penal se han modificado, haciéndose colectivas las acciones para la persecución del crimen, y, por lo tanto, disminuyendo la necesidad de las iniciativas individuales. Lo que correspondía antes determinadamente al heredero, y por cuya falta se constituía éste en situación de infamia, es hoy materia propia de la acción social, y tiene en la institución del Ministerio público todas las necesarias garantías. En segundo lugar, aun la legislación antigua exceptuaba de la obligación de denunciar la muerte el caso de que el autor del homicidio fuere algún próximo pariente del heredero; y, por consecuencia, la falta de denuncia supliase de un modo fácil, con sólo manifestar que el delincuente tenía dicha condición. El precepto, por tanto, es ineficaz, y expuesto á inconvenientes; aparte de que el hecho que la ley castiga con la indignidad está muy lejos de tener los graves caracteres que se suponen en tan dura nota.

Por lo demás, ninguna dificultad ofrece la interpretación de este apartado. La obligación de denunciar se impone sólo al heredero emancipado, que conozca la muerte violenta del causante; y desaparece cuando la justicia ha procedido ya de oficio (lo cual ocurre siempre) y cuando, según la ley, no hay obligación de acusar.

Lo de la mayor edad del heredero procede de la citada *ley 15 del tít. VII, Partida 6.ª* Lo de que la justicia se haya anticipado á perseguir al criminal deriva de una glosa de Gregorio López á la *ley 13* de dichos título y Partida, y es además producto necesario del procedimiento criminal moderno. Tampoco es nueva la dispensa de esta obligación en aquellos casos que, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento criminal, alejan la necesidad de declarar contra el presunto reo; puesto que la *ley 2.ª, tít. I, Part. 7.ª*, disponía ya que no pudieran hacer acusación... «*nin el fijo, nin e[illegible]to al padre nin al auelo; nin el hermano á su hermano, n[illegible]l criado o siruiente o familiar a aquel que le crió, ó en c[illegible]compañíabiuió, faciéndole servicio, o guardándolo.*»

[illegible]lazo señalado por las antiguas leyes para la denuncia,

cuando el asesino pertenecía á la familia del causante, no estaba determinado de derecho, sino sólo de hecho, en el haber de preceder al acto de posesionarse de la herencia. Cuando el culpable era un extraño á la familia, el plazo concedido por la ley de Partidas á los herederos era de cinco años. El Código Napoleón no determina plazo alguno. El nuestro, como ya hemos visto, señala el de un mes; que se empezará á contar, dada la redacción del texto, desde que el heredero conoció la muerte violenta del causante.

***

5.° *El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.*—Ninguna ofensa mayor que ésta, ni que merezca en grado tan alto la incapacidad de suceder al ofendido.

La consignó el Derecho romano, copiáronla las Partidas, inclúyela el Código de Méjico entre las incapacidades por causa de delito, como otros la colocan entre los motivos de desheredación, y justamente figura en nuestro Código, en el artículo de los incapaces por indignidad.

Gregorio López, glosando la *ley 13, tit. VII, Part. 6.ª*, que considera incapaz al heredero que «*yoguiesse con la mujer de aquel que le estableció por tal*», sostiene que es aplicable la *ley 9.ª, tit. XXVI, Partida 4.ª*, sobre pérdida de feudos por los vasallos; y que, del mismo modo que en este caso, debe perderse la herencia por adulterio con la hija ó nuera del difunto. La claridad con que se encuentra redactado el Código, limitado sólo á la mujer, hace imposible ya la duda.

Puede, no obstante, presentarse, y hasta tener muy viva trascendencia en cuanto al adulterio cometido, no por la mujer del testador, sino por el marido de la testadora. El caso es esencialmente el mismo; pero sabida es la distinta consideración que tiene el adulterio, según que lo cometa el hombre ó la mujer. ¿No cabrá, por tanto, sostener que el Código debe aplicarse rigorosamente sobre la base de que al hablar de la mujer del testador, se hacía cargo de la gravedad especialísima del adulterio de la esposa, desentendiéndose del caso menos grave cometido por el hombre?

A nuestro juicio, no. El redactor del Código pensaba al

tiempo en ambos adulterios, porque ambos rompen por igual la posibilidad común de lazos de cariño entre el ofendido y el culpable; y sólo por un error en la expresión, falta de cuidado quizás, se ha dado al precepto forma tan equívoca. El Código de Méjico, con cuyo sentido es indudable que está conforme el español, habla del cómplice del cónyuge adúltero, sin distinguir entre los sexos. Aparte de esta consideración, existe el argumento de haberse colocado entre las causas de desheredación del cónyuge (artículo 855), el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando se verifique con escándalo público ó menosprecio de la esposa; lo mismo que ocurre en el divorcio. Todo, en efecto, puede suceder, menos que, declarado en juicio el adulterio del marido, y el consiguiente menosprecio hecho á la esposa, pasen los bienes de ésta sin su consentimiento á manos de la cómplice.

Sobre la condena en juicio, podemos dar por repetidas las observaciones que, en el mismo punto, nos han sugerido el número 2.° y el 3.° de los motivos de la indignidad.

Únicamente pudiera ofrecer duda el tiempo en que la condena debe pronunciarse, para que produzca tal efecto en razón de que el Código no lo manifiesta expresamente, y de que su concordante mejicano requiere como condición que haya «recaído sentencia judicial antes de la muerte del autor de la herencia».

El art. 758, sin embargo, resuelve la dificultad, puesto que ordena que se espere la sentencia firme para calificar la capacidad del heredero; lo cual implica que la sentencia sea posterior en ciertos casos al fallecimiento del causante. Y así debe ser en realidad, puesto que la ofensa no depende del tiempo en que los Tribunales la declaren, sino del en que se realizó; siendo un requisito puramente de forma, que en nada afecta á las condiciones intrínsecas del hecho, la condena en juicio.

* * *

6.° *El que, con amenazas, fraudes ó violencia, obligare al ...ador á hacer testamento ó á cambiarlo.*—El Código de Méjico ace á una fórmula clara y compendiosa la disposición de este rtado y la del siguiente: «el que usare de violencia con el di- to para que haga, deje de hacer ó revoque su testamento.» uestro Código, lo mismo que en el italiano, la disposición se

encuentra dividida por los aspectos del asunto: uno de coacción activa sobre el testador, obligándole á hacer testamento ó á modificarlo: otro de coacción pasiva, obligándole á no hacer ó á no modificar el acto testamentario. La fórmula del de Méjico es más sencilla; la del italiano y la del nuestro es, sin embargo, más determinada, y puede evitar mayor número de dificultades. Debemos, en consecuencia, aceptar ésta, que al fin y al cabo no ofrece gran complicación.

La indignidad con que se tacha al que desvía y tuerce la voluntad del testador, para aprovecharse de ella, fuera de los límites de la imparcialidad, es una de las más justificadas del presente artículo. En todas las examinadas con anterioridad se trata de hechos que no afectan á la manifestación de la voluntad testamentaria. En ésta, aparte del menosprecio al testador, y de las consideraciones de decoro público que alejan de él al heredero, hay algo propio del acto mismo de testar, atentatorio de la independencia necesaria en él, y constitutivo de un vicio transcendente en las disposiciones adoptadas. La indignidad del que ha atentado contra el testador, del que ha lanzado contra él una denuncia falsa, son dependientes siempre de que la voluntad del ofendido, por cualquiera causa, se sobreponga al mal ocasionado; hay, en fin, una determinada voluntad en pro del heredero, que pudo ó no modificarse por el acto indigno. Pero cuando la manifestación del testador ha sido producida por fraude ó actos violentos, empieza por faltar la verdadera voluntad, y es imposible, por lo tanto, la remisión de las ofensas.

Parece, á primera vista, que huelga la indignidad establecida en el apartado 6.°, en razón de que, como vimos en el artículo 673, es nulo el testamento que se otorga con dolo, violencia ó fraude. Si el testamento se hace nulo por violencias de cualquiera clase, ¿qué necesidad hay de declarar incapacitado al heredero? El caso más frecuente, sin embargo, en estas violencias, es el de las cometidas por el heredero legitimario para aprovecharse de los bienes libres, ó el del pariente con derecho á sucesión *ab-intestato* que trata de excluir á sus coherederos legal Si la pena de la ley fuese solamente la nulidad del testamen el que contribuyó con fraude ó violencia á que se otorgase perdería sus derechos á suceder *ab-intestato* ó por concepto legítima; y esto es lo que la ley ha debido y querido evitar.

Los medios prohibidos para la consecución de un testamento en determinada forma, son la amenaza, el fraude y la violencia; es decir, los que determinan en el testador un cambio de voluntad, ó una manifestación de voluntad contraria á la que le aconsejaba su conciencia. El Código italiano dice solamente: «*el que haya obligado al testador,*» lo cual exige á los comentaristas la distinción de violencias físicas y morales. En la redacción del nuestro están comprendidas unas y otras indudablemente: las físicas en la palabra violencia, las morales en la amenaza y en el fraude. Sólo el concepto del fraude merece alguna explicación.

En su sentido verdadero, la palabra fraude supone algún perjuicio del orden material, causado por medios ilícitos. De aquí resulta que su aplicación en este caso, en el sentido de arma para torcer la voluntad de una persona, ó en el del cambio mismo realizado en esa voluntad, es evidentemente impropia; así como también es indiscutible que donde dice fraude se quiso decir dolo, ó, más determinadamente, engaño: lo que llamaban los romanos *captare haereditatem*. Este es el medio más común de modificar la voluntad testamentaria, pero también el más difícil de demostrar y de apreciar. Son tantas las formas en que se puede producir el heredero para dominar al testador, dependen de tal modo de la situación de las cosas y del temperamento de las personas, que no hay manera de reducir en teoría á una expresión exacta las que se deben considerar ilícitas, y distinguirlas de las que no lo son. Solamente los Tribunales, en los casos prácticos, pueden formar juicio por el resultado de las pruebas; y pocas veces, aun así, cabrá la convicción de un completo acierto.

Es indudable que determinadas súplicas, determinados consejos pueden influir sobre el testador, y no ser, sin embargo, motivos de la indignidad. Hacer comprender á una persona la sinrazón con que ha elegido su heredero; hacerle ver las causas que debían inclinar su ánimo en pro de otro distinto, son muchas veces actos naturales, muy justificados, antes dignos de uso que de pena. Para que el rigor del Código se imponga condición indispensable, á nuestro juicio, que la voluntad del tador sea la justa, la proporcionada al caso, y que la indica-n, la sugestión, el fraude, en fin, tiendan á lo contrario y lo

consigan. Sólo entonces existirá el dolo verdadero, y la razón de indignidad.

Téngase en cuenta ahora que la amenaza, el fraude y la violencia han de ser tales que obliguen al testador á hacer ó á modificar el testamento. Mientras no produzcan la consecuencia de *obligar*, es decir, mientras, con ellos ó sin ellos, la voluntad del testador se pueda presentar cual es, no cabe que el testamento se declare nulo, ni que se considere al testador objeto de una ofensa merecedora de la indignidad. Resulta de aquí que la violencia física es casi imposible en absoluto; que la amenaza, más posible ya, ha de ser fuerte en grado tal, que el testador no la resista; y, en cuanto al fraude, que sólo el que trastorne la voluntad del testador es propio de este artículo.

En otras clases de indignidades hemos manifestado la necesidad de intervención de los Tribunales del orden criminal. También en ésta trátase de hechos que revestirán en muchos casos formas de delito; pero la jurisdicción civil no pierde por eso sus facultades de apreciar el mal y de decidir, según su juicio, las consecuencias procedentes en la respectiva sucesión.

* * *

7.° *El que, por iguales medios, impidiese á otro hacer testamento, ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterare otro posterior.* – También el Código italiano se expresa en estos términos, excepto la palabra *suplantare,* que en aquel Código es *suprimiese,* esto es, destruyese. Las causas de la disposición quedan ya expuestas en el comentario del párrafo anterior.

Del mismo modo es aplicable ahora lo que sobre los medios de violentar al testador dijimos antes. Únicamente es necesario consignar que la amenaza, el fraude y la violencia en la disposición del apartado precedente, han de ejercerse sobre el mismo testador; mientras para impedir la otorgación del testamento primero ó posterior, puede también hacerse pesar la influencia ilícita sobre el Notario y los testigos que deberían concu al acto.

La suplantación, alteración y ocultación del testamento terior, sujetos en la oración gramatical del Código á la nec..

dad de que concurran los medios indicados, no pueden estarlo en realidad. ¿De qué manera se concibe que la ocultación se haga con violencia (á los efectos de la ley, al menos), ó la alteración con amenazas? El redactor de la disposición, bien poco afortunado desde el principio del artículo, tradujo mal el Código italiano, y no advirtió que en éste, la concurrencia de los medios ilícitos se refiere sólo al hecho de impedir el otorgamiento de la última voluntad. Entendamos, por consiguiente, el artículo como si se hubiera escrito así: «El que por iguales medios... y *el que suplantare*, etc.»

También creemos que hay un error de traducción en el empleo del verbo *suplantar*. El *suprimir* del Código italiano ha producido muchas dudas hasta llegar á la interpretación hoy admitida, de que significa destruir. Sin duda alguna, al redactarse el nuestro, la falta de claridad del italiano y el desconocimiento de las discusiones suscitadas con respecto á él dieron lugar á la sustitución del verbo suprimir por el de suplantar. Como quiera que haya sucedido, no deja de ser justo que el que suplanta un testamento, esto es, el que sustituye con uno falso otro legítimo, incurra en indignidad de suceder, lo mismo que por alterarle simplemente. Pero á la par sería justo que el que destruya el testamento hecho, lo cual no es suplantarle, ni ocultarle, ni alterarle, sufra igual pena, no dejando este punto á la apreciación del Tribunal, cuando se empieza por fijar uno tras otro los casos prohibidos.

Tampoco el redactor de nuestro Código tuvo en cuenta que los comentaristas italianos habían ya pedido la modificación del adjetivo «*posterior*», por no responder al verdadero pensamiento de la ley. ¿Por qué la supresión, la ocultación, etc., del testamento posterior ha de causar indignidad, y no la del testamento primitivo? Los autores italianos, á cuyo dictamen nos adherimos sin gran dificultad, entienden, á pesar de todo, que la ley se aplicará lo mismo en el primer caso que en el segundo, y se limitan, como nosotros, á considerar viciosa y digna de reforma [illegible] presión legal.

Estamos advertir, no sólo por lo que hace á este apartado, también al anterior, que no debe ser nunca un argumento combatir la indignidad el mayor, menor ó ningún beneficio con el hecho se reciba. En todo caso, existen las razones

que expusimos antes, y, por otra parte, el heredero que así obró forzosamente tuvo motivos poderosos para ello, siquiera no sea conocida por sus contrarios la utilidad á que aspiraba.

ART. 757. Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Concordancias. —Igual al art. 619 del proyecto de 1851 y al 755 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Ninguno.*

COMENTARIO.—Ya hablaba Ulpiano de la enemistad capital entre el testador y el heredero, opinando que esta causa de incapacidad debía desaparecer si *iterum in amicitia redierunt*. Las leyes, sin embargo, no han consignado este principio, y puede decirse que aparte del proyecto especial de 1851, el Código italiano es el primero que expresamente ha concedido la facultad de perdonar, siquiera ya estuviese de manera implícita admitida, en cuanto á las causas de desheredación, en la necesidad de hacerse cargo expresamente de ellas para excluir al heredero.

El Código Napoleón no admite la dispensa de los motivos de la indignidad. Trátase, á juicio de los jurisconsultos franceses, de una pena pública, y, por lo tanto, superior á la conciencia de los particulares. Pero, con mucha razón, los italianos recuerdan que la acción para pronunciar la indignidad es de carácter privado, y que si puede dejar de ejercitarse por los que tienen interés en ello, sin que á la iniciativa de los Tribunales corresponda movimiento alguno, mejor se debe permitir al ofendido la remisión de las ofensas.

Claro que la indignidad tiene carácter público, y que depende esencialmente de razones de moralidad general. Pero esta base no es la única ni la más importante, y aun en el supuesto de que lo fuera, se ha de pensar también que, cuan

el principalmente ofendido otorga su perdón, no hay tanta repugnancia en la conciencia pública para aceptar como heredero al designado. En todo caso, aunque se opine que la indignidad es una pena verdadera, nadie podrá considerarla de carácter social, estando, como está, sujeta á relaciones puramente particulares, y afectando también á las indiscutibles facultades del dueño de una cosa para disponer de ella libremente.

Si, pues, el heredero no padece de falta de personalidad, y si por modos indudables se ha manifestado que la voluntad del testador era más fuerte que la ofensa, repugne poco ó mucho á la moral social la sucesión, falta derecho para torcer su curso, viniendo á equipararse el caso al del perdón del ofendido en los delitos que, sin dejar de serlo, no corresponden á la iniciativa de la sociedad.

El atentado por el que se declara indigna á una persona tiene su círculo primero dentro del Código penal; al extenderse al orden de la ley civil, no se castiga meramente el hecho, sino un aspecto de él, una á modo de injuria contra la víctima, que, en calidad de tal injuria, admite la remisión del ofendido. En último término, hay algo muy noble, á más de perdonar la ofensa, en conceder la sucesión al delincuente; y pueden concurrir á veces hasta motivos especiales, quizá muy poderosos, para obrar así. La sociedad haría mal, en consecuencia, poniendo límites á esta actividad, que, al fin y al cabo, dadas las condiciones de la naturaleza, muy pocas veces se presentará en la práctica.

En este artículo se reproduce vivamente el defecto que lamentábamos en el anterior, de hablarse de los testadores como si no rezase lo dispuesto con la sucesión *ab-intestato*. No sólo se dice ahora que *el testador* remitirá las causas de la indignidad, sino que, como punto de partida para la designación de épocas, se fija el instante de hacer el testamento. Debemos, pues, volver á preguntar: ¿La indignidad, es sólo aplicable á la sucesión testamentaria, ó debe serlo también á la intestada?

El Código, con toda claridad, viene á expresar: «*El testador puede remitir el acto indigno al tiempo de otorgar su testamento. Si entonces no ha llegado á su conocimiento, podrá posteriormente remitirle en documento público.*» Por consecuencia, el que conoce la causa antes de haber hecho testamento y después quiere ó no puede hacerle, parece imposibilitado para per-

donar en otro documento público. Pero la consecuencia es tan absurda, que no nos decidimos ni á considerarla discutible, creyendo, por el contrario, que cualquiera, haga ó no testamento, puede otorgar perdón en escritura pública, y que el perdón producirá su efecto en la sucesión *ab-intestato*, lo mismo que en la testamentaria.

El Código de Méjico tiene en este punto una precisión muy grande. Divide la materia en dos artículos y dice en el primero (3.430): «Cuando la parte agraviada... perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido *por intestado*, si el perdón consta por declaración auténtica ó *por hechos indudables*.» Y expone en el 3.431: «La capacidad para suceder *por testamento* sólo se recobra si después de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor ó revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar.» Esta es la buena teoría, y la que, á nuestro juicio, deberá informar los fallos de los Tribunales, sin otra modificación que la de no admitirse en nuestro Código los *hechos indudables* como prueba del perdón. El Código italiano requiere un acto auténtico y el nuestro un documento público, teniendo ambos en cuenta la necesidad de que declaración tan transcendente vaya rodeada de suficientes garantías de independencia en el que la hace.

¿Todas las causas de indignidad son perdonables? Indiscutiblemente; pero hay alguna causa, como la de no denunciar la muerte violenta del testador, que éste no pudo conocer, como posterior á su fallecimiento. De aquí nace una duda: la de si se podrá otorgar perdón de estas ofensas antes de que se realicen. Mazzoni se ocupa de la dificultad, y resuelve que, aun siendo absurdo que se perdone antes del agravio, y ocasionado, de otra parte, á la ineficacia de las penas, puede en un caso, el de homicidio en duelo, estar justificado por la especial naturaleza de las circunstancias, y porque resulta, al parecer, como reconocimiento de la propia culpa. El caso claro está que ocurrirá difícilmente, pero, de todos modos, nosotros opinamos que ni con relación á él podrá admitirse el perdón previo, que no hay neces de demostrar el número de abusos á que se prestaría.

El punto más difícil en toda esta materia es el de la cap dad del ofendido para perdonar. Podemos suponer que la i

pacidad de contratar no le perjudica si tiene la de testar. Pero ¿y el que carece de facultades para esto? El menor de catorce años, v. gr., ¿puede perdonar? Sostienen los autores italianos que es distinta la capacidad para hacer testamento y la de otorgar perdón de un agravio; y que basta poder manifestar la voluntad para la realización de lo segundo. Nosotros, sin embargo, creemos firmemente que á ningún menor de catorce años puede permitírsele manifestación tan alta de la voluntad, so pena de abrir paso á abusos enormísimos.

Es más: en *teoría*, nuestro juicio es que ni siquiera el que ha cumplido catorce años y se halla facultado ya para disponer de sus bienes, tiene conciencia suficiente de las circunstancias que deben decidirle á perdonar ó no. En cuanto á la disposición legislativa, tampoco nos ofrece dudas que desde los catorce años hasta la mayor edad, se puede perdonar en testamento; después de la mayor edad, en testamento y documento público, y antes de los catorce años en ninguna forma.

¿Ha de ser expresa la declaración? El Código italiano lo exige terminantemente, de donde se originan graves dudas en ciertos casos especiales. Nuestro Código, más cauto en este punto, admite la declaración implícita, dejando al juicio de los Tribunales apreciar si verdaderamente se tuvo ó no se tuvo ánimo de conceder perdón. Aunque no hubiera otros motivos para admitir las declaraciones tácitas, siempre sería poderoso el de la repugnancia natural, en el que dicta su testamento ú otorga una escritura, á mencionar la ofensa cometida contra él por la persona á quien está favoreciendo.

Surge la duda de si la rehabilitación de los indignos es acto revocable. Los autores inclínanse todos á la negativa, fundados con razón en que la causa de la indignidad acaba desde que se perdona por primera vez, y no puede revivir. Exceptúase el caso de haberse hecho la rehabilitación condicionalmente: entonces dependerá el problema de que la condición se cumpla ó no, según la teoría general de las condiciones

Otra cuestión muy importante es la de si afecta ó no á la bilitación la nulidad de forma de que adolezca el testamento ue se hizo. Mazzoni entiende que no hay verdadero acto de ntad entonces, que el defecto de forma domina por igual á s las declaraciones hechas, y que, por lo tanto, la rehabili-

tación se anula. Fulci y Borsari, por el contrario, opinan que la rehabilitación no es disposición de bienes, y que si se hizo expresamente, y el testamento, aunque no valga como tal, puede valer como acto auténtico, debe mantenerse.

Este es un problema que se asemeja enteramente al de la subsistencia ó insubsistencia del reconocimiento de un hijo natural, cuando el testamento se anula ó se revoca. Ni la rehabilitación del indigno ni el reconocimiento del hijo natural son verdaderas disposiciones testamentarias, aun cuando consten en testamento; no son tampoco actos revocables, en que quepan diversas manifestaciones sucesivas de la voluntad.

Sin embargo, si por estas razones podemos y debemos creer que la revocación de un testamento no destruye la rehabilitación que en él se concedió al indigno, la nulidad de forma afecta indudablemente la consecuencia contraria, en consideración á que la rehabilitación del indigno debe hacerse en documento público, sin que baste otro género de prueba escrita, y deja de ser tal documento público, á los efectos legales, el testamento, desde que se declara su nulidad por falta de las solemnidades que la ley exige.

ART. 758. Para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.°, 3.° y 5.° del art. 756 se esperará á que se dicte la sentencia firme, y en el núm. 4.° á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución ó legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Concordancias.—Semejante al art. 620 del proyecto de 1851 y al 757 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 22.ª, tit. III, Partida 6* Los herederos á que dizen suyos, assi como los que descienden del testador, maguer á la sazon que los estableciessen, fuess

atales que non pudiessen ser puestos por herederos de otri, si al tiempo quel padre, o el abuelo muriessen, non ouiesse este embargo, podrían auer la herencia dellos. Mas los otros herederos, a que llaman necessarios, deuen ser atales en el tiempo que los señores les establescen por herederos, e a la sazon de la muerte de los testadores, que non ayan algunos de los embargos que dizen en las leyes deste nuestro libro, porque non puedan ser herederos. Pero los herederos que son dichos extraños ha menester que sean de tal condicion, que non puedan ser embargados por razon de sus personas, en tres temporales. El primero, es quando los establescen por herederos. El segundo, quando mueren los testadores. El tercero, quando se otorgan por herederos. Ca si en qualquier destos temporales auiessen alguno de los embargos, porque non puedan los omes ser herederos perderian por ende la herencia, e auerla y en los otros que fuessen establescidos en su lugar dellos, a que dizen en latin substitutos, o los otros que fuessen establecidos en vno con ellos en el testamento. E si ninguno destos non ouiesse y, estonce tornaria la herencia á los parientes más propinquos del finado.

COMENTARIO.—Nuestra legislación determinativa de la capacidad del heredero estaba contenida en la *ley 22, tít. III, Partida 6.ª*, que queda ya transcrita. El heredero suyo, esto es, el descendiente ó ascendiente, no necesitaba de capacidad más que en el momento de la muerte del causante; los herederos extraños habian por necesidad de disfrutarla en tres distintas épocas: «*quando los establescen por herederos*»; «*quando mueren los testadores*,» y «*quando se otorgan por herederos*».

Esta exigencia de tres tiempos en la capacidad del sucesor tenía su origen en la legislación romana. El heredero allí necesitaba la capacidad al otorgarse el testamento, *ut constituerit institutio;* al morir el testador, *ut institutio effectum habeat;* y al aceptar la herencia, *quod ius heredis ex vel maxime tempore deliberandum est quo adquirit haereditatem.* A juicio de los antiguos tratadistas, el fundamento de esta división de épocas estaba en la famosa regla Catoniana: *quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere (Dig., ley 1.ª de reg. cat. 34. 7.)*

Los modernos jurisconsultos, y á la cabeza de ellos Savigny, entienden, sin embargo, que aquella clasificación no tuvo, aun en el derecho romano, sino el valor histórico que le correspondiera en relación con los accidentes del testamento mancipatorio, al que desde sus orígenes fué unida. Cuando aquel testamento empezó á ser inútil, y cuando, por consecuencia, fué sustituido, la regla de los tres momentos de la capacidad desapareció también, y en los primeros tiempos del Imperio pudo verse que entraban á la sucesión hereditaria los celibatarios y los latinos junianos, por ejemplo, sin más que ser capaces en el momento de admitir la herencia.

Con el transcurso de los siglos, la legislación antigua ha ido perdiendo en este punto su rigidez y eficacia, hasta venir hoy á ser precepto de todos los Códigos modernos, ó por lo menos principio general implícitamente establecido, el de que la capacidad no es necesaria sino en el momento de la muerte del testador. Nada más lógico que esto, toda vez que por anticipado se establece que dicha época es la que da origen á la sucesión, y en la que toman su punto de partida todos los derechos y deberes relativos á la misma.

Conviene, sin embargo, no considerar esta regla como muy absoluta, ó formar, por lo menos, una idea exacta de su verdadero alcance. Borsari, que aparenta haber hecho estudio detenido del problema, distingue dos géneros de capacidad: una que llama actual, esto es, que ya disfruta el heredero cuando el testamento se hace, y otra habitual, ó sea que se halla sólo en germen en la misma época, en condiciones de desarrollarse con el tiempo. Es, por ejemplo, capacidad habitual la del que, al otorgarse el testamento, no había nacido ni estaba concebido acaso, pero cuyo nacimiento podía ya esperarse ó simplemente preverse. El ilustre autor, sobre la base de esta clasificación, cree indispensable que la persona llamada á la herencia tenga capacidad actual al tiempo de fallecer el testador, y que del mismo modo goce de la capacidad habitual al tiempo de hacerse el testamento.

Otro autor bien ilustre, Gabba, es partidario igualmente que el heredero tenga capacidad al tiempo de ordenarse la última voluntad del testador; pero valiéndose de los ejemplos le proporciona la incapacidad impuesta al tutor respecto de

pilo y al Notario respecto del cliente, intenta demostrar que en ciertas ocasiones el momento de la muerte del causante es menos decisivo que el de la ordenación del testamento.

El primero de dichos jurisconsultos, por querer probar demasiado, nada prueba. Nada, en efecto, significa que haya de tenerse la capacidad habitual al otorgarse el testamento, puesto que necesariamente ha de ocurrir una de dos cosas: ó que esta capacidad habitual se haya convertido en actual al morir el testador, en cuyo caso no se necesita invocarla, ó que la esperanza de la conversión no se haya realizado, en cuyo supuesto la capacidad habitual no puede producir ningún efecto de derecho. La opinión de Gabba envuelve, á nuestro juicio, una confusión de dos nociones perfectamente distintas: el motivo de la incapacidad y la incapacidad en sí misma. El Notario y el tutor incurren en la causa que les incapacita para suceder, por el hecho de la ordenación del testamento en ciertas condiciones que la ley rechaza, pero la determinación jurídica de la incapacidad así adquirida sólo dice relación con el momento del fallecimiento del causante. Nada tiene que ver la circunstancia de que la incapacidad derive de un hecho coetáneo á la ordenación del testamento para que la época en que se decida si la incapacidad existe ó no, sea la de la apertura de la sucesión hereditaria. Se trata exclusivamente de determinar en qué momento se requiere que el heredero sea capaz de suceder; y decir, como Gabba, que esta época, en los citados casos, es la de la ordenación del testamento, produce una lamentable confusión. El pensamiento de este autor ilustre conduciría á sostener que el tutor, el confesor y el Notario eran ya incapaces al otorgarse el testamento, cuando, por el contrario, es en el mismo testamento en donde nace la incapacidad, resultando ésta simultánea y subsidiaria de aquél. En definitiva, el punto de vista de Gabba es esencialmente teórico; porque, en la práctica, ni se puede hablar de la capacidad del confesor, tutor, etc., hasta que la sucesión se abre, ni se les consideraría excluidos de la herencia, aun habiendo incurrido en causa de incapacidad en un testamento, si la disposición favorable resultara confirmada en otro posterior, otorgado en distintas condiciones de las que determinan su prohibición de suceder.

Á fuera de duda que la capacidad sólo se exige en la

época del fallecimiento del causante. El motivo de la incapacidad puede surgir antes, al otorgarse el testamento, como la del tutor, la del Notario y la del confesor, ó en otro cualquier tiempo, como en las derivadas de la indignidad; puede también presentarse después, como en el caso contenido en el núm. 4.° del artículo 756, relativo á la denuncia por el heredero, de la muerte violenta del testador. Pero necesariamente la definición de la capacidad ó incapacidad tiene un momento propio, el en que la sucesión se abre; y así como nada significaría la incapacidad adquirida por un indigno, en el supuesto de haber sido perdonado, ni tampoco la del Notario, por ejemplo, si el primitivo testamento fué sustituído debidamente, puesto que en ambos casos las condiciones del heredero han de juzgarse por su situación en el momento de la apertura de la herencia, nada tampoco importa, como ha reconocido justamente el Código en el segundo párrafo de este artículo, que la causa de incapacidad sea posterior, á los efectos de retrotraerla al mencionado tiempo. Basta distinguir entre la causa de la incapacidad y sus efectos para comprender que la primera no hace relación á época determinada alguna, y que los segundos son independientes del tiempo y de la forma en que se les preparó.

Nos corresponde ahora hacernos cargo en primero y principal término, de las dificultades de este artículo; de la incapacidad del no concebido y del concebido y no nacido á que nos hubimos de referir al examinar el art. 745. Entonces demostramos la imposibilidad de suceder de estos entes del derecho: tócanos en este momento, como interpretación del artículo presente, demostrar que este imposible jurídico dice relación al momento de la muerte del respectivo señor de la herencia.

Cuando el testador designa á su heredero, aunque éste no exista todavía, ni siquiera se encuentre concebido, la imaginación puede hacerle representar en el entendimiento como un algo posible, cierto y definido, según explicamos en la teoría de la certeza é incerteza de las personas á que se refiere el art. 750 del Código. No debe haber, pues, ni hay imposibilidad racional ni legal para la designación hereditaria. Este es el caso ‹ capacidad habitual que estudia Borsari: una esperanza de ‹ tencia real, que puede ó no lograrse y que, según los casos, ducirá ó no las apetecidas consecuencias.

Pero cuando la sucesión se abre y cuando la disposición testamentaria toma cuerpo, la esperanza ha de haberse realizado ya. El concebido y no nacido disfrutará de su derecho hereditario en el mismo grado de la personalidad que le concede el Código; pero el no concebido todavía, á quien el beneficio de la personalidad no alcanza, no puede recibir investidura de heredero en ninguna clase de condiciones. Vimos ya que el Código italiano dispone terminantemente la incapacidad de suceder de los que no estuvieren concebidos en la época en que empiece á producir efecto la herencia. Fácil es interpretar en igual sentido nuestro Código, partiendo de la base de que no se pueden tener derechos del orden civil sin haber adquirido personalidad; de que esta personalidad no se concede, ni por ficción, sino á los ya concebidos, y de que la capacidad del sucesor se determina por la época del fallecimiento del causante.

El Código italiano admite una excepción: la de los hijos de determinada persona que viva en dicha época, aun cuando no estén concebidos todavía. Esta disposición ha producido vivas discusiones, sosteniendo unos que constituye evidente inconsecuencia y hasta contradicción con los principios de derecho, y decidiéndose otros á creer que, si en la sucesión *ab-intestato* la ley se impone rigorosamente, debe la testamentaria, en cambio, tener mayores amplitudes, en beneficio, muchas veces, de sentimientos muy legítimos de los testadores. Como quiera que sea, entre nosotros la disposición es absoluta, é impide en todo caso la sucesión del no concebido.

En esta materia se presenta con graves caracteres de dificultad un punto: el de la prueba de la concepción. ¿Á qué medios se acudirá para conseguir tan importante extremo? Se trata de un heredero designado por el testador (lo mismo puede ocurrir, pero con menos variedad de ejemplos, en la sucesión *ab-intestato)* que nace después del fallecimiento de aquél. ¿Cuánto tiempo habrá de transcurrir, como máximum, para que el heredero designado pueda considerarse con capacidad?

Cuando se trate de descendientes del testador, descendientes timos por supuesto, no cabe mucha duda, puesto que los de- os á la herencia, como tales descendientes, se hallan en re- ón directa con las condiciones de su legitimidad. Pero puede arse otras veces de institución hereditaria hecha en favor de

un extraño: *al primer hijo de Fulano*, ó también de una sucesión *ab-intestato* en que los llamamientos llegaran á parientes de grados distantes. Y en estos casos, que la ley no ha previsto á los efectos de la guarda de la mujer en cinta, el término de los trescientos días concedido como máximum para la legitimidad, ¿será también la presunción á que debamos acudir?

Es indudablemente peligrosa, en todas ocasiones, la concesión de un plazo de trescientos días para la adquisición del derecho hereditario, á título de hallarse concebido el heredero en el momento de la muerte del causante. El favor que se otorga á la mujer, por las indicaciones de la ciencia, al conceptuar legítimos los hijos que dé á luz trescientos días después de la disolución del matrimonio, puede ser ocasión de males tan graves, de actos tan indignos, y por otra parte, de tan difícil demostración, que el ánimo de los legisladores no puede menos de sentir disgusto y desasosiego. El temor sería muy remoto cuando afectara solamente á la legitimidad del hijo nacido en ese plazo; pero si independientemente de la filiación se tienen por delante las perspectivas de una herencia que dejó el marido, y que la viuda no puede disfrutar sino por títulos de madre, el término de los trescientos días es ocasionado á fraudes de gravedad extraordinaria.

Y si esto puede suceder con la mujer legítima, en quien el dolor de la viudez, el cariño al difunto y las mismas sanciones del Código penal pondrán obstáculos acaso insuperables al pensamiento del delito, ¿qué no sucederá con la mujer extraña á cuyo hijo se designó por heredero, si, al fallecer el testador, carece de descendencia todavía?

Pero la dificultad no puede resolverse por elementos de prueba directos: sabidas son las deficiencias con que se tropieza, en el terreno práctico de la medicina, para formar un juicio medianamente aproximado de la época de la concepción de un sér, y los obstáculos que oponen el derecho y la moral á este género de investigaciones. Es necesario partir de alguna presunción legal; y aunque las razones aplicables á la legitimidad de un hijo son distintas de las que deben decidir de sus derechos sucesorios, resulta indispensable que la presunción se amplíe plazo de trescientos días del embarazo extraordinario.

Por de pronto, tratándose de la mujer legítima del difu

no habría manera de comprender que el hijo nacido en los diez meses posteriores á la defunción, siendo por consecuencia hijo legítimo, careciera de derecho para suceder al padre. La diferencia de presunción legal para la legitimidad y la capacidad sería en este caso una inconsecuencia monstruosa.

En cuanto á la mujer extraña, los abusos no tienen tanta gravedad moral. Autorizando el plazo de diez meses para el nacimiento del heredero, podrá ocurrir que adquiera derechos sucesorios un hijo concebido después del fallecimiento del causante, contra las doctrinas y prescripciones del derecho; pero falta el primero y el más grave de los inconvenientes á que expone el abuso posible de la viuda, ó sea la atribución de falsa legitimidad del hijo; y, por otra parte, la voluntad del testador no sufre detrimento, puesto que la herencia pasa al fin á la persona designada.

En último lugar, el mínimum del término que se concediera como presunción del embarazo no habría de bajar de nueve meses; y de este modo es indudable que se cometería muchas veces injusticia, en daño de la honra de la mujer, cuando la gestación fuese más larga. La ciencia ha demostrado que de la concepción al nacimiento no suelen transcurrir trescientos días; pero también da por supuesto que, en numerosos casos, transcurren más de los doscientos setenta. Y en la alternativa de que se realicen injusticias por mala fe de los individuos, ó de que se cometan por propio imperio de la ley, es preferible lo primero; esto es, que, á los efectos de la herencia, se considere como concebido al morir el testador el que nazca en los trescientos días posteriores, máximum concedido por la medicina al período del embarazo.

*
* *

Relaciónase directamente con este asunto, y es una de las cuestiones más controvertidas por los tratadistas italianos, la de si se puede instituir como herederos á las personas jurídicas no constituídas al tiempo de fallecer el testador. Mazzoni, Borsari, Saba, Luparia, Bianchi, Tedeschi, etc., han dedicado sendos trabajos al ásunto, sobre el que existen varias monografías publicadas. Nuestro examen en este punto no puede ser extenso por

que los argumentos de los contendientes se hallan ya agotados, y porque, en resumen, nos parece que la cuestión no tiene la importancia que se le ha concedido por aquellos autores.

Troplong sostiene que no se necesita que la persona jurídica se halle reconocida por la ley al tiempo de morir el testador, sino que basta con la existencia de hecho, en comparación con lo que sucede al póstumo que adquiere derechos á la herencia antes que verdadera personalidad. Pero á esto contestan Gabba y Mazzoni victoriosamente, porque no hay posibilidad de asemejar el feto, que tiene una existencia real, y en el que concurre la presunción de que por el orden natural ha de llegar á ser persona, con una persona jurídica, que puede ó no constituirse al fin sin intervención alguna de la naturaleza, por la simple voluntad de los individuos asociados.

Es, pues, afirmación indiscutible que, para suceder en una herencia, la persona jurídica ha de existir por completo, constituída con arreglo á la ley y reconocida por ésta, en los términos que ya expusimos al estudiar el art. 745. Ahora bien; si la persona jurídica ha de estar constituída para tener capacidad de suceder, y si la capacidad del heredero ha de medirse por las condiciones de la época determinada en el presente artículo, la conclusión lógica es que aquellas personas han de existir en el momento de la muerte del testador, para tener derecho á la herencia que les sea dejada. Pero, según esto, la disposición testamentaria que tenga por propósito la fundación de una persona jurídica después del fallecimiento del testador, ¿habrá de estar vedada á éste por completo?

Luparia tomó la iniciativa de distinguir tres casos para la facilidad de la discusión:

1.° Una disposición testamentaria que imponga al heredero la obligación de fundar el instituto; por ejemplo: *mi heredero abrirá una escuela en esta ó en aquella forma; mi heredero abonará tal suma para la escuela que se abra en tal lugar.*

2.° Una disposición aislada en que se signifique la intención de crear la personalidad jurídica; ejemplos: *destino tanta cantidad á la fundación de un asilo; fundo un asilo para mi pueblo que se abrirá...*

3.° Una disposición que instituya directamente heredero á cuerpo jurídico no existente aún; ejemplos: *instituyo heredo*

al asilo que mando abrir en mi palacio; nombro heredero al primer hospital que se funde en Madrid.

A ningún autor ofrece duda la validez de las dos primeras disposiciones. La colocada en primer lugar se considera como una condición impuesta al heredero, igual á cualquiera de las demás que pueden imponérsele. La segunda, como verdadera fundación que es, no sólo se halla autorizada en los Reglamentos de beneficencia de Italia (del mismo modo que en los nuestros), sino que, en último término, viene á reducirse á una carga del heredero, sujeta también á las condiciones de cualquier gravamen testamentario.

Queda la cuestión, por tanto, reducida al último de los tres casos expuestos, al de la institución directa de la persona jurídica Penetrando un poco más adentro en el verdadero laberinto de la discusión empeñada entre los autores italianos, podría también considerarse en igualdad de circunstancias la fundación de un instituto, cuando se emplea con destino á él todo el haber hereditario, y cuando, aun sin ser así, no se hace designación del heredero. A menos de violentar los argumentos en este caso, para sostener que la fundación es una carga impuesta á los albaceas ó administradores de la herencia, los motivos de hecho son iguales que en el de institución directa á beneficio de una persona jurídica no existente.

Reduciremos los argumentos que se emplean por los autores italianos (ninguno completamente de acuerdo con otro) á los de más relieve, separando en lo posible el fárrago de razonamientos de orden secundario con que han embrollado la cuestión y héchola verdaderamente abrumadora, los que sostienen que la referida disposición testamentaria es nula, á cuya cabeza va Luparia, con su monografía.

Fúndanse los mantenedores de la nulidad en las siguientes consideraciones:

1.ª En que la persona llamada á la herencia, natural ó jurídica, ha de existir legalmente al tiempo de fallecer el testador, lo cual no ocurre con los institutos que se crean después de su muerte.

En que el legislador no puede variar el momento de la existencia de una persona.

En que no se puede dar efecto retroactivo á la constitu-

ción posterior de la persona jurídica, porque no cabe retrotraer lo que no existe.

4.° En que hay imposibilidad jurídica de instituir á una persona no existente á condición de que llegue á existir.

5.° En que la ley no ha hecho respecto á las personas jurídicas no existentes la derogación de principios aplicada al concebido y no nacido, y al no concebido siquiera, al fallecer el testador.

Los partidarios de la validez de las disposiciones á que venimos refiriéndonos oponen, en resumen, los siguientes argumentos:

1.° Que no es necesaria la existencia de la persona jurídica al fallecer el testador, en el supuesto de que el legislador conceda la capacidad sin ese requisito.

2.° Que es regla general de la materia, que el testador puede disponer en todas las formas no prohibidas por el Código, en el cual ningún precepto existe contrario á la capacidad de suceder de las personas jurídicas no existentes á la muerte del testador.

3.° Que el artículo del Código referente á la necesidad de hallarse concebidas las personas para gozar derechos sucesorios no afecta sino á las personas naturales, que no tienen ninguna semejanza con las jurídicas.

4.° Que no perjudica al orden civil la institución objeto del debate, y que antes bien, el fin es tan importante y de tan evidente utilidad pública, que no puede menos de ser autorizado en cualquiera forma.

5.° Que puede equipararse á la institución condicional del heredero, como si se tratara de una condición impuesta á la persona jurídica, de adquirir futura existencia legal, sobre cuya base, el hecho con que la condición se realiza tiene valor retroactivo, en relación con el momento fijado á la capacidad.

6.° Que no hay imposibilidad de naturaleza en que se instituya á una persona á condición de que exista ó para cuando exista, y que tampoco hay imposibilidad de derecho, puesto que la ley no lo prohíbe.

7.° Que considerar válidas las disposiciones contenida... ejemplos de los dos primeros casos expuestos por Luparia y la contenida en el tercero, es convertir el valor de las últi voluntades en mero asunto de expresión, impropio del científico.

Á todas estas razones contestan detenidamente los partidarios de Luparia, principalmente á las que se apoyan en el silencio del legislador y en la utilidad de las fundaciones testamentarias. En cuanto á lo primero, se argumenta que precisamente el haberse hecho la excepción contenida en el art. 764, á beneficio de determinadas personas naturales no concebidas todavía, demuestra que el legislador no quiso conceder igual amplitud en la institución de las personas jurídicas. En cuanto á lo segundo, se invoca la consideración de que, atendiendo al fin, se justificaría muchas veces la institución de personas naturales no concebidas, en casos que la ley, á pesar de eso, no permite.

Los defensores de la validez de la disposición acuden por su parte á nuevos argumentos. Recuerdan la marcha evolutiva del derecho romano en cuanto á la sucesión de las personas jurídicas, desde su absoluta incapacidad, en los primeros tiempos del Imperio, hasta la amplísima autorización concedida por Justiniano; haciendo ver que llegó á permitirse la constitución de institutos para obras piadosas después de muerto el testador, y sosteniendo la necesidad de conservar igual criterio en los presentes tiempos, por razón del fin, aun contradiciendo un tanto el rigor de los principios del derecho común. El Código Albertino, precedente inmediato del actual de Italia, sirve también de fundamento á los indicados tratadistas, por cuanto en uno de sus artículos se hablaba de obras pías no existentes al hacerse el testamento, y en otro, más especialmente, de convertirse parte de la herencia, ó *toda ella*, en fundaciones y obras pías.

A nuestro juicio, la opinión de Luparia y sus secuaces es más científica que la sostenida por los adversarios, á cuyo frente podríamos colocar á Mazzoni. Los argumentos de éste, sin embargo, con especialidad los relativos al fin de las personas jurídicas de carácter benéfico, y el de que, por tratarse de instituciones de fondo análogo en los tres casos de la clasificación de Luparia, la misma suerte ha de caber á unos que á otros, son verdaderamente decisivos en el terreno práctico. Sería poco o, no obstante su conformidad con los principios, que por r errado el testador en la expresión puramente formal de propósitos, perdiesen éstos la utilidad pública y privada que en producir en muchos casos. Por eso mismo, las dos únicas ue la cuestión se ha presentado al voto de la jurispru-

dencia, los Tribunales de Italia, el de Génova en *10 de Septiembre de 1852* y el de Casale en *24 de Septiembre de 1874*, se han pronunciado en el sentido de la validez de las disposiciones sometidas á la discusión, sentando la doctrina de la capacidad de las personas jurídicas no existentes, á condición de ser debidamente constituidas. .

* * *

El párrafo segundo del art. 758 no origina ninguna complicación, al simple efecto de calificar la capacidad del heredero ó legatario. El proyecto de 1851 no contenía este apartado; y verdaderamente no era necesario que lo contuviera, en la sencillísima forma que ha venido á dársele.

Para limitarse á decir que en los casos 2.°, 3.° y 5.° del artículo 756 se habrá de esperar á que se dicte la sentencia firme sobre el delito cometido por el heredero, y que, en el caso 4.°, se esperará á que transcurra el mes señalado para la denuncia, no se necesitaba mucho esfuerzo por parte del legislador.

Pero el Código ha querido seguramente decir más de lo que ha dicho. La colocación del párrafo, inmediatamente después del que señala el tiempo en que ha de calificarse la capacidad, y la palabra *esperar*, usada en él, inducen á pensar que en el ánimo de los autores del Código estaba el propósito de expresarse en una forma parecida á ésta: «*No obsta á lo dispuesto en el párrafo anterior la circunstancia de haberse de esperar...*»

En efecto: fuese ó no fuese el pensamiento del legislador el que acabamos de indicar, si para algo debía estimarse indispensable una aclaración, en punto á las incapacidades posteriores al fallecimiento del dueño de la herencia, era para definir el carácter retroactivo de la declaración de la incapacidad. La lógica correspondencia con los principios que hemos desarrollado anteriormente, y con el que se formula en el primer párrafo del presente artículo, impone ese valor retroactivo, para que, por ninguna causa, ni en ningún momento, falte á la herencia representación legítima. Abierta la sucesión por muerte del sante, puede encontrarse el heredero sometido á un juicio pe de más ó menos duración, que ponga en duda su capaci pero si al fin consigue ser absuelto, esta capacidad se enti-

reintegrada desde el primer instante, como si ninguna circunstancia se hubiese opuesto á ella en todo el tiempo transcurrido.

Este valor debemos conceder al apartado que examinamos; en el cual, al enumerar los casos en que la calificación de la incapacidad requiere espera, creemos que se ha sufrido una omisión, ó que se ha tomado un punto de vista poco exacto. Los casos 2.°, 3.° y 5.° del art. 756 exigen indudablemente la previa condenación en juicio criminal; pero ¿no se necesitará también el mismo requisito para decidir de la capacidad del heredero, en muchas ocasiones de las á que se refieren el núm. 1.°, el 6.° y el 7.° del indicado artículo?

En su debido sitio hemos expuesto la necesidad de las declaraciones judiciales del orden civil ó penal, para la eficacia de la prohibición de suceder impuesta por la ley; porque la indignidad, del mismo modo que todas las incapacidades relativas, por no ser *pleno iure*, no pueden imponerse á nadie sin una declaración ejecutoria de la autoridad correspondiente. ¿Cuál debe ser, en su virtud, el significado de la diferencia establecida en el art. 758?

Que en los casos 2.°, 3.° y 5.° hay que esperar el resultado del proceso y que una vez dictada la sentencia firme en el sentido de la indignidad procede la apertura de la sucesión *ab-intestato*, cosa es que no suscita dudas graves. Pero si equivale á esto el apartado segundo del artículo, ¿querrá *a sensu contrario* expresar que en los restantes casos del art. 756 sin una declaración previa en donde conste el abandono del padre respecto del hijo, ó las violencias del heredero sobre el testador para lucrarse en el otorgamiento de la última voluntad, procede también la sucesión *ab-intestato?*

Profundizando en el estudio de esta duda, nos envolveríamos en materias de orden procesal que no nos corresponde examinar en este libro con detenimiento. Demos, pues, por sentado, para terminar, que la declaración de indignidad no puede hacerse sino por las autoridades judiciales; que mientras no se formule de una manera definitiva, el indigno sigue siendo el heredero, y el apartado que estudiamos no puede ser opuesto á esta clusión, ni en su sentido, ni menos todavía en sus efectos cticos.

* * *

La disposición del último párrafo del art. 758 está copiada casi íntegramente, con la sola adición de las palabras «*ó legado*», del art. 3.449 del Código de Méjico, y concuerda además exactamente con el 1.778 del de Portugal. El de Francia y el de Italia carecen de disposiciones concretas acerca de este punto, limitándose, en sus artículos 718 y 923 respectivamente, á declarar que la sucesión hereditaria se abre en el momento de la muerte del señor de los bienes.

Á primera vista sorprende la exigencia de dos épocas de capacidad en el heredero sometido á una condición, porque parece como un gravamen más encima del que el testador impuso, como un empeoramiento de las condiciones en que se le llama á disfrutar los bienes de la herencia. Analizando luego detenidamente la disposición, se nota que el doble tiempo de capacidad hereditaria del sucesor condicional implica vacilación en los legisladores acerca del momento que sirve de punto de partida en este caso á la adquisición de los derechos. Porque si se adquieren con la apertura de la herencia, ¿á qué exigir capacidades especiales cuando la condición se cumpla? Y si el derecho nace con el cumplimiento de la condición, ¿á qué pedir capacidad cuando la herencia se abre?

Á pesar de todo esto, no nos atrevemos á calificar de impropia la doctrina contenida en el Código. La capacidad en el momento de la apertura de la sucesión es indispensable, porque allí toman nacimiento todos los derechos fijos y eventuales, á que la herencia alcanza. Pero es al mismo tiempo conveniente que la capacidad siga existiendo en el momento en que la condición se cumple; porque argüiría un desequilibrio jurídico el que entrara en posesión de los bienes un heredero, después de haber perdido la capacidad de suceder. Hay verdadera lógica en el requerimiento de las dos épocas, tanto más, cuanto que, sin apurar el argumento, es fácil ver también dos épocas distintas, una provisional y otra definitiva, en el sucesor condicional.

Pero el precepto se resiente, ya que no de otra cosa, de una completa ineficacia. Demos por supuesto que el heredero h existir al cumplirse la condicion, puesto que en otro caso, se veremos en el artículo siguiente, toda dificultad cae p base, por imposibilidad de entrar á la sucesión ni el he

designado ni los que lo sean de éste. Y en tal supuesto, ¿cuándo será posible que el adornado de capacidad al fallecer el testador carezca de ella posteriormente?

Todas las causas de incapacidad del heredero, ó son anteriores, ó se retrotraen á la época del fallecimiento del causante. ¿En qué nueva incapacidad puede incurrirse antes del cumplimiento de la condición, que no se retrotraiga á la citada época, y en relación con ella surta efecto? La capacidad se subordina siempre al tiempo de abrirse la sucesión; el heredero condicional que no es incapaz en este momento, ni por causas anteriores, ni por motivos posteriores retrotraídos, no hay modo de que lo sea al realizarse el acontecimiento incierto de que dependen sus derechos hereditarios.

ART. 759. El heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos.

Concordancias.—Semejante al art. 620 del proyecto de 1851 é igual al 758 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 34, tit. IX, Partida 6.ª*—... E esto seria si la manda fuesse de tal manera que fuesse fecha puramente, o a tiempo cierto: mas si fuesse fecha so condición, non seria assi. Ca muriendo aquel á quien fué fecha la manda, en ante que se cumpliesse la condicion, non valdria la manda, nin la podria demandar el heredero de aquel a quien fuesse fecha, ante dezimos, que la deue auer el heredero del testador...

COMENTARIO.—La colocación de este artículo en la materia de incapacidades para suceder es incomprensible. Se ha seguido, casi al pie de la letra, al Código de Méjico, que incurre en igual error; pero siquiera allí se justifica por la circunstancia ue, en el mismo artículo (3.450), se habla del incapaz de su-r, del heredero voluntario que muere antes que el testador l que muere sin que la condición se haya cumplido; al paso en nuestro Código se trata solamente del heredero some-

tido á condición, dejando lo del incapaz para el art. 766, que forma parte de otra sección distinta.

Acaso, si se ha pensado en el asunto, habrá tratado de relacionarse este precepto con la duplicidad de épocas impuesta á la capacidad del heredero sujeto á condición; como queriendo demostrar que no es bastante la que tuviera al fallecer el señor de la herencia, si ocurre que él también fallece antes de realizarse el acontecimiento á que su derecho va ligado. Pero ya insinuamos en el comentario del artículo anterior que son cosas distintas la capacidad y la existencia, y que huelga hablar de la primera cuando falta la segunda. El fondo del presente artículo no afecta, sino con carácter secundario, á la cuestión de la capacidad; y su lugar correspondiente hubiese sido, por esto y por lo que después diremos, el que dedica el Código, en los artículos 790 y siguientes, á las instituciones de heredero y á los nombramientos de legatario bajo condición.

En efecto: lo que el art. 759 se propone es definir uno de los caracteres más salientes del derecho que adquiere el heredero á quien se impuso alguna condición; lo que esta palabra significa, los varios aspectos que comprende y las distintas vicisitudes que origina, puntos son á estudiar en su respectivo sitio. Aquí se trata sólo de uno de los accidentes de la institución condicional, la muerte del heredero; y en otro sentido, de uno de los rasgos más característicos de tal institución.

Repetidamente hemos manifestado que la sucesión hereditaria se abre en el instante de fallecer el testador. Todos los derechos relativos á la herencia, los que se fundan en títulos anteriores y los que arraigan con posterioridad, convergen hacia el mismo punto y toman en él vida y consistencia. Una vez realizada la condición impuesta al heredero, su nombramiento se equipara al puro, y todas las consecuencias son también iguales, á partir del tiempo en que se abrió la sucesión.

Ahora bien: la condición fijada al heredero es un obstáculo jurídico insuperable para la afirmación de su derecho sucesorio, en tanto que el acontecimiento penda de realización. La herencia se abre, sí, al fallecimiento del causante, pero el heredero quien la condición se impuso no tiene todavía arraigo en su derecho. El acto testamentario le llamó á la herencia, pero en elaboración con circunstancias que pueden realizarse ó no

pues, un heredero á medias, que no se sabe aún si llegará definitivamente á la consecución de ese carácter.

Derechos á la herencia ostenta, puesto que fué nombrado por el testador, y puesto que la sucesión se ha abierto ya; pero derechos no definitivos, antes bien de índole eventual. No puede decirse que carezca de derecho por completo, ni que por completo lo tenga; su situación es de verdadera interinidad, abandonada al éxito de las futuras contingencias. La voluntad del testador le ha sido favorable, pero no abierta y decididamente, sino con sujeción á ciertos hechos que es menester que se realicen.

Estas ligeras indicaciones sobre el carácter del derecho de los herederos condicionales bastan para poder examinar debidamente la disposición del art. 759. Se había abierto la sucesión, el heredero hallábase en espera del acontecimiento á que se le había sometido, y en estas condiciones muere, sin que los hechos se hayan realizado todavía. ¿Qué hacer? ¿Se esperará á que se realicen esos hechos, y, en caso afirmativo, retrotrayendo la realización á la apertura de la herencia, y considerando heredero definitivamente al que el testador había designado, se hará pasar sus bienes á los que le representen legalmente después de muerto? Este es un término de la alternativa. ¿Se considerará, por el contrario, que, en cuanto muere el heredero, faltando ya la persona designada por el testador para sucederle, es inútil esperar que se realice ó no el acontecimiento señalado? Este es el segundo término.

El derecho de Roma había optado por la última de ambas opiniones, y de acuerdo con él, la *ley 34, tít. IX, Partida 6.ª*, hablando de cómo pasa el señorío de las mandas á las personas á quienes se dejaron, después de haber dispuesto que, por muerte del legatario antes de entrar en posesión, pase el legado á su heredero, advierte que esto ocurra cuando la manda se hizo puramente, porque si se impuso alguna condición muriendo el legatario antes de que se realice, «*non valdría la manda, nin la podría demandar el heredero de aquel a quien fuesse fecha, ante dezimos que la deue auer el heredero del testador.*» Como ios, el Código vigente, siguiendo también á los proyectos 851 y 1882, insiste en la antigua doctrina, é impide que las idas, lo mismo que las herencias pasen á los sucesores del ado á ellas bajo condición.

Por una parte, es indudable que, en determinados casos, el testador tuvo intención de que la herencia siguiera la línea trazada, de que pasase al heredero de su heredero, hasta realizarse el acontecimiento futuro. Pudo hasta pensar antes en la condición que en el heredero, como, por ejemplo, cuando hubiere dicho: «*nombro mi sucesor á Fulano, á condición de que destine los bienes á la fundación de una escuela.*» Si en este caso, por muerte de Fulano, la herencia pasara á sus herederos, éstos seguirían con el deber de cumplir la condición; mientras que, dado el precepto del Código, y entrando á suceder los herederos *ab-intestato* del dueño de los bienes, la condición se tiene ya por no fijada, en evidente daño de la voluntad del testador, y hasta del interés social.

Sin embargo, el rigor jurídico hace necesario el precepto del Código. El heredero á quien se impone una condición no es verdaderamente heredero hasta que la misma se cumpla; la voluntad del testador está ligada al acontecimiento de tal modo que, si éste no llega á realizarse, por una ú otra causa, no se completa la intención expresada en el testamento, ni el heredero puede considerarse designado como tal. Morir el heredero equivale á no cumplir la condición, y, por lo tanto, á no existir la voluntad testamentaria.

En la materia de obligaciones, cuando la parte sometida á una condición muere antes de que ésta se realice, el contrato sigue subsistente á nombre de los herederos. Pero es porque el que contrata trabaja para sí, persiguiendo la adquisición de un derecho propio, que nace de sus mismos actos, y que, por consecuencia, es transmisible. En cambio, el heredero á quien se sujeta á condición nada ha conseguido por su voluntad personal, sino por la del que creyó oportuno investirle de ese título, en el ánimo del cual no puede saberse si estuvo la intención de favorecer á otras personas.

Nada tenemos, por lo tanto, que objetar al Código en este punto. El precepto es perfectamente conforme á los buenos principios jurídicos, y está además de acuerdo con la constante doctrina de todos los jurisconsultos, y con las disposicione los otros Códigos. En virtud del mismo, cuando el here muere antes de que se cumpla la condición á que fué some sus sucesores carecen de derecho para sustituirle; la her

pasará, por lo tanto, á los parientes del testador, por las reglas de la sucesión *ab-intestato*, á menos que proceda el derecho de acrecer, ó que, previendo el caso, se haya nombrado un sustituto.

En todo lo demás, nos referimos á la materia de la institución condicional, *Sección 4.ª* de este mismo capítulo, y con especialidad al art. 799, cuya disposición, en apariencia al menos, viene á contradecir la sana doctrina contenida en el 759.

ART. 760. El incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

Concordancias.—Análogo al art. 622 del proyecto de 1851 y al 759 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—I. *Consideraciones generales.*—El Código francés y el italiano limitan las disposiciones de este artículo á los incapaces por indignidad. Los demás Códigos que han servido al nuestro de modelo, lo mismo que este último en su antecedente de 1851, refiérense á todos los incapaces para suceder.

Distinguen los autores, en relación con esto, un modo de incapacidad que se considera *pleno iure*, y que, por tanto, existe sin declaración determinada de los Tribunales; y otro, el de los indignos, que requiere previa determinación. En el primer caso, se dice, el que entra en posesión de bienes de la herencia es un usurpador, con todas las consecuencias atribuídas al delito: en segundo, es un *praedo*, un poseedor de mala fe como cualquiera otro.

Esta distinción, producto del modo especial de ser del Derecho romano, no tiene en estos tiempos, salvo para casos muy

particulares, importancia alguna. A los efectos de la posesión hereditaria, iguales condiciones concurren en los incapaces de los distintos géneros; el mismo conocimiento debe suponérseles de la ilegalidad de sus aceptaciones, é idénticos motivos deben constreñirles á repudiar la herencia para que son llamados sin capacidad. Por otra parte, salvo exclusivamente el caso de las criaturas abortivas, ninguna incapacidad es tan de *pleno iure* que pueda ser impuesta al heredero sin previo fallo de los Tribunales de justicia.

La disposición del Código debe, en consecuencia, ser igual para toda clase de incapacidades. Cualesquiera que sean las circunstancias en que la aceptación hereditaria se haya hecho, supónese en el incapaz conocimiento suficiente de los obstáculos legales que invalidan su modo de adquirir. Por este solo hecho, según lo dispuesto en el art. 433, la posesión se considera ilícita; y el 760 no hace más que repetir aquel criterio, imponiendo la presunción de mala fe en todos los casos de incapacidad, y destruyendo las dificultades y las dudas á que pudieran dar lugar determinados accidentes prácticos.

Conviene, de todos modos, advertir que en este artículo, aunque evidentemente derivado del criterio de la mala fe, no se usa esta palabra: y antes bien, se determinan los efectos de la posesión viciosa sin relación con ella y como si se tratara de casos especiales, merecedores de reglas diferentes. Contra el poseedor de mala fe, genéricamente considerado, los artículos 453, 455 y 457 del Código imponen el deber de restituir los frutos percibidos, de abonar los que pudo percibir y de indemnizar las pérdidas sufridas en la cosa; al paso que limitan los derechos al de pedir reintegro por los gastos de conservación. El art. 760, á su vez, dispone que se han de restituir los bienes con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que se hayan percibido. Parece, pues, que hay señaladas diferencias entre la posesión de mala fe *in genero* y la *in specie* de los incapaces; y esto nos obliga á exponer algunas consideraciones nuevas, sobre la base de lo que ya dijimos como comentario de los artículos citados.

En cuanto á la restitución de los bienes hereditarios, pri consecuencia de la posesión viciosa, ninguna dificultad s ocurre. Este deber de restituir la cosa poseída es un post

necesario de la superioridad de los derechos de dominio, ante los cuales cede toda posesión, con buena fe ó sin ella, con justo título ó sin él, con ánimo ó sin ánimo de hacer los bienes propios. De los derechos, reales ó personales, contenidos en la herencia, no habla el Código, á pesar de que en el art. 659 y en varios otros distingue claramente las palabras bienes y derechos; pero no cabe dudar de que se encuentran sometidos á la misma regla, y, por esta vez, comprendidos bajo la misma denominación. Por último, el Código dispone que se restituirán las accesiones, los frutos y las rentas.

No hacía falta hablar de las accesiones, como habla también el Código de Méjico, puesto que se hallan comprendidas (art. 353) en la denominación de frutos, y las que consisten en unión ó incorporación de bienes se sabe ya, por la teoría general de la accesión, que son parte integrante del dominio. Tampoco era necesario hablar de frutos y de rentas separadamente, puesto que en el art. 355, según dijimos á su tiempo, quedaban comprendidas ambas cosas bajo la calificación común de frutos.

II. *Devolución de las rentas y frutos percibidos indebidamente por el heredero indigno. a) Recta interpretación del artículo 760.*—El Código, lo mismo que todos los Códigos concordantes con él, dispone que se han de devolver los frutos y rentas que se hayan percibido. La opinión de los jurisconsultos es un tanto varia en cuanto á si se deben devolver no más que los materialmente percibidos ó también los que se pudieron percibir y no se percibieron, como, por ejemplo, los intereses de un capital no negociado. La legislación romana era en este punto muy confusa; en general, calificando al incapaz (al indigno más bien) como poseedor de mala fe, como *praedo*, se le imponía el deber de restituir lo mismo los percibidos que los no percibidos; pero en particular se distinguían los frutos y las usuras, y considerando que éstas no provienen de la naturaleza ni existen por sí mismas, sino exclusivamente por las convenciones de los individuos, se las exceptuaba de la referida obligación.

En este asunto de la devolución de los frutos es donde esponente se revela la diferencia del concepto que merecen al igo la mala fe de los poseedores en general y la de los incaes para suceder en especial, diferencia de tal índole que no amos á explicárnosla en el terreno de los principios.

Empiézase por reconocer en el Código que el incapaz que toma posesión de los bienes *entra sin derecho* en ellos; como consecuencia, se le impide que haga suyos los frutos, á la inversa de lo que ocurre con el poseedor de buena fe. Pero no por eso se le iguala al poseedor de mala fe, sino que en lugar de obligarle á la restitución de los frutos percibidos y al abono de los que se hubieran podido percibir con la debida diligencia, se le sujeta sólo á la devolución de los materialmente adquiridos.

Muchos autores dan por indudable, á la vista de esta disposición, que el incapaz debe devolver los frutos de ambas clases; pero la expresión del Código español, idéntica á la del italiano, á la del mejicano y á la del francés, es bastante clara, á nuestro juicio, para imposibilitar esa creencia. Se deben devolver los frutos que se *hayan percibido*, y no pueden estimarse tales, sin violentar demasiado el texto, los que simplemente se *pudieron percibir*.

Así nos decidimos á interpretar la disposición, pero haciendo notar la inconsecuencia con que el legislador se ha conducido y los graves males á que con ella nos expone. En primer lugar, la obligación de satisfacer los frutos que no se percibieron por culpa ó negligencia, deriva de que el poseedor de mala fe, sabiendo que su título es vicioso y que su posesión no prosperará, puede muy fácilmente abandonar los bienes á una administración inconsiderada y perjudicar al dueño extraordinariamente. Y ¿qué diferencia existe en cuanto á esto entre el poseedor de mala fe, que en el art. 433 se define como conocedor de que en su modo de adquirir hay vicio que lo invalida, y el incapaz de heredar que entra en posesión de los bienes? Si se supone que el incapaz conoce el vicio que invalida sus actos posesorios, es un poseedor de mala fe como otro cualquiera, al que debe aplicarse la disposición del art. 455, con obligación de abonar lo percibido y lo que pudo percibir; si, forzando la interpretación, presumimos que no lo conoce, debe considerársele como poseedor de buena fe, y sin obligación alguna, por lo tanto, ni de restituir los frutos percibidos. El término medio que adopta el Código es una contradicción tan grave como evidente.

Por otra parte, entre los frutos y las rentas de que hab Código, están los intereses del metálico hereditario. Cuand poseedor tiene buena fe, cabe que no administre ese dinero.

haga producir su natural utilidad: pero cuando no la tiene, es de suponer que no desperdiciará ocasión de conseguir los más favorables resultados. Ahora bien: estando obligado solamente á la devolución de los intereses percibidos, ¿quién podrá probar, en la mayor parte de los casos, esta percepción? Y ¿no resulta esto una igualdad indirecta de condiciones entre el incapaz para heredar y el poseedor de buena fe?

De que el incapaz está obligado á abonar los intereses percibidos del metálico hereditario, no sólo del que verdaderamente fué relicto, sino del adquirido con posterioridad por venta de los bienes ú otro medio, no cabe duda alguna. Ocurre la cuestión en otro punto: en si se habrán de pagar también los intereses de los frutos adquiridos después de abrirse la sucesión, sea que el poseedor los venda y convierta á metálico, ó sea que los consuma en su propio uso. Recuerda Hureaux que Papiniano se decidió por la afirmativa: *quod si fructos in usu habuit, eorum pretia tantum restitui, satis est.* Pero el Emperador Severo consideró muy rigorosa esta interpretación, y decidió que sólo se abonaran los frutos, no sus intereses, porque otra cosa sería extremar demasiado el rigor contra el incapaz, y hasta beneficiar acaso, indebidamente, al heredero. Así creemos nosotros que habrá de interpretarse el Código, por ser la materia restrictiva, y por estar condenado como inmoral, en el préstamo, salva la libertad de contratación, el abono de interés del interés.

Otra cosa sería en cuanto á los alquileres, por ejemplo, de una casa habitada por el incapaz. El beneficio que recibe éste, en tal supuesto proviene directamente de los bienes hereditarios; y por otra parte, si el alquiler de la casa no es un fruto verdaderamente percibido por el incapaz, tampoco cuesta esfuerzo alguno comprender que hay un modo de percepción de renta en el hecho de habitar una casa sin pagarla. No se disfruta la misma renta, pero sí el beneficio directo de los bienes, que el Código adjudica al dueño.

El autor antes citado, Hureaux, presenta tres cuestiones que no podemos pasar inadvertidas, sobre la devolución de bienes hereditarios y sus frutos.

Primer problema.—El heredero aparente, el incapaz que ha vendido alguno de los bienes de la herencia en cierto precio, y lo readquiere con posterioridad en otro inferior, ¿deberá

entregar solamente la cosa hereditaria ó el precio mayor á que lo vendió? Paulo se decidía por lo último; Hureaux opina, por el contrario, que puesto que la cosa es hereditaria y está en especie, basta con su devolución. Pero nosotros haríamos observar á Hureaux que desde el momento en que se vende, deja de ser hereditaria, y no hay manera de comprender que éntre de nuevo en el caudal de bienes por la posterior readquisición. Por consecuencia, el heredero real, á quien se transmitan los derechos indebidamente poseídos por el incapaz de suceder, podrá, si quiere, conformarse con la entrega de la cosa; pero tendrá derecho, en caso de no conformidad, á que se le abone el precio en que fué enajenada durante el tiempo de la posesión viciosa.

Segundo problema que propone Hureaux: si el heredero aparente demanda á un tercero sobre la propiedad de una cosa hereditaria, y la sentencia resulta en su favor, no sólo respecto á la restitución de lo pedido en la demanda, sino en cuanto al abono de daños y perjuicios, ¿tendrá derecho el heredero real á reclamar del incapaz todo lo conseguido por la sentencia, ó simplemente la cosa hereditaria que se perseguía en el litigio? En este punto estamos de acuerdo con Hureaux, y al propio tiempo con la legislación romana, en el sentido de corresponder al heredero real todos los beneficios obtenidos por la decisión de los Tribunales. Los daños y perjuicios á que se condenó al demandado, no los había sufrido el incapaz, personalmente, sino como supuesto dueño de la herencia; y á ésta corresponden, y su suerte siguen.

Tercera cuestión.—Es indudable que deben devolverse por el incapaz todos los provechos obtenidos directamente de la sucesión; pero, ¿deberá también restituir lo que ha adquirido con ocasión de los bienes de la herencia, jugando, por ejemplo, á la lotería, ó adquiriendo determinada suma por virtud de la cláusula penal de un contrato? También nos satisface la opinión negativa de Hureaux, porque en semejante hipótesis, hay algo más que los bienes y derechos de la herencia, como causa del beneficio recibido; hay azar, y sus alternativas son purame personales. No puede sustituirse la personalidad del hered real, que quizá no hubiera jugado, ó no hubiera ganado á lotería, á la del incapaz á quien favoreció su buena suer

Bastará, pues, en este caso, con devolver la suma distraída de la herencia, como si hubiera sido dedicada á otra atención cualquiera del heredero aparente.

Por último, es obligación del incapaz satisfacer el precio de las pérdidas y de los deterioros ocasionados en las cosas hereditarias. El art. 457 vimos que lo ordena así, respecto de todos los poseedores de mala fe; no puede menos de aplicarse la disposición á los herederos incapaces, porque se supone siempre el dolo en ellos, y porque, efectivamente, el ánimo torcido con que entran á la posesión, abona la sospecha de que se propusieran destruir los bienes en daño de los herederos legítimos.

b) Derechos del heredero indigno respecto de los bienes hereditarios restituídos al heredero legítimo. — Estudiadas las obligaciones que pesan sobre el incapaz, es necesario hacer indicación también de sus derechos. En primer lugar, por poco que se le quiera conceder, es indiscutible que deben abonársele los gastos necesarios hechos para la conservación de las cosas, puesto que así lo ordena el art. 455 en cuanto á todo poseedor de mala fe. Han de abonársele además los gastos de producción, recolección y conservación de los frutos de la tierra, y los de adquisición de todos los demás. El art. 356 lo establece así en favor de todas las personas que hayan hecho los referidos gastos; parte porque nadie se debe enriquecer á costa de otro, parte porque los frutos no son tales sino en la porción líquida que resulta después de deducidos los gastos de la adquisición.

En cuanto á las mejoras útiles, ninguna diferencia hay entre el heredero incapaz y el poseedor de mala fe genérico; podemos, por consecuencia, hacer aplicación de lo que dijimos en el comentario del art. 455; esto es, que su derecho se limita á retirar, si le es posible, las mejoras hechas, sin deterioro de la cosa. Algún autor comprende entre las mejoras útiles, á los efectos del abono por el heredero real, las sumas empleadas en pago de legados y deudas de la herencia. Con facilidad se comprende que no siendo la herencia una cosa, sino una universalidad, la bra mejora no puede emplearse jurídicamente con aplicación encionado pago. Para justificar aquí el derecho del heredero ente, hay que acudir al principio que se consigna en el ar- 1.158, según el cual, el que paga por cuenta de otra perso- drá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, en cuanto

fué útil á éste, aun habiéndolo hecho contra su expresa voluntad.

En cuanto á las llamadas mejoras voluntarias, que el Código designa como de puro lujo ó de mero recreo, no hay duda de que el incapaz carece de derecho á toda reclamación, salvo á lo de llevarse los objetos con que la cosa principal se haya embellecido; porque en este asunto, como á su debido tiempo observamos, los artículos 454 y 455 no distinguen entre el poseedor de buena y el de mala fe respectivamente, sino en cuanto al modo de computar el importe del gasto, en caso de preferir el propietario la mejora hecha.

III. *Pago de deudas y legados por el heredero indigno: Cuestiones* —El pago de deudas y legados con dinero propio del heredero aparente suscita algunas cuestiones importantes:

1.ª ¿Se le deberán intereses de las sumas empleadas en pagar deudas hereditarias fructíferas?

2.ª ¿Adquiere algún derecho especial cuando satisface deudas no vencidas?

3.ª ¿Tiene derecho á que se le satisfaga lo pagado por una deuda que en realidad no existía?

4.ª ¿Le tiene á que se le abonen intereses de las cantidades con que pagó legados?

La primera y la cuarta de estas cuestiones son idénticas en el fondo. La herencia estaba obligada al pago de intereses, y el heredero incapaz la libró de esta carga con su propio dinero: sin violencia se comprende que ni el heredero real puede aprovecharse de las ventajas conseguidas con el pago, ni el aparente sufrir la disminución de renta del capital propio empleado en beneficio de la sucesión. Se dirá que, á haber estado en posesión los herederos reales, pudieron pagar con bienes de la herencia: pero esto no evitaría la disminución del capital; antes, por el contrario, resulta perfectamente compensada la obligación de abonar intereses al heredero incapaz con el derecho á recibir los frutos íntegros de los bienes hereditarios.

El pago de deudas no vencidas, segunda de las cuestiones anteriormente propuestas, no puede conceder ninguna esp lidad al heredero aparente. Resulta entonces como compr del crédito existente á cargo de la herencia; en iguales c ciones, pues, en que lo adquiere, lo conservará y hará ef

cuando sea procedente, como otro cualquier acreedor hereditario.

El caso más difícil es el de haberse pagado una deuda que no existía. La herencia no estaba obligada á responder del pago; el acreedor era ficticio; ¿con qué razón se impondrán al heredero real, en su día, las consecuencias del error del heredero aparente? Y de otra parte, ¿por qué razón este heredero, que obró á nombre de la herencia y en el supuesto de beneficiarla, acaso sin provecho propio, ha de ser enteramente responsable de un suceso que hubiera quizá sorprendido del mismo modo al heredero real?

Lo más natural, en esta duda, sería consultar las circunstancias de cada caso práctico, encomendando al Tribunal las diferencias de criterio de las partes, sobre la base de librar de responsabilidad al heredero aparente cuando verificara el pago en vista de documentos fidedignos, ó, en general, de circunstancias decisivas de cualquiera clase. Más claro: cuando el heredero aparente no obró con malicia, cuando la reclamación del crédito se hizo de tal modo que no cabían dudas racionales acerca de su legitimidad, sólo la herencia debería considerarse responsable del pago, como realizado por acontecimiento fortuito, superior á la diligencia y á la previsión del hombre cuidadoso.

Pero esta cuestión de prueba de las intenciones del heredero aparente es tan difícil que, en la mayor parte de los casos, se le declararía irresponsable, aun no siéndolo, por falta de elementos suficientes para formular un cargo en contra suya. Si se tiene en cuenta separadamente que es presunción legal y racional la de la mala fe del incapaz de suceder, posesionado de la herencia, no cuesta gran trabajo formar juicio en el sentido de declararle responsable en cualquier caso de la índole del que nos ocupa. Alguna vez resultarán de aquí grandes injusticias en contra de los herederos incapaces; pero, indudablemente, muchas menos de las que se cometerían en perjuicio de los verdaderos sucesores, si recayera sobre ellos la necesidad de demostrar judicialmente la mala fe del pago hecho á un acreedor ficticio.

¿Cuándo comienza para el heredero indigno la obligación de restituir los bienes hereditarios indebidamente percibidos?

No cabe duda que desde el momento mismo en que entra en posesión, puesto que se presume que conoce la incapacidad,

y que á sabiendas, sin embargo, trata de sobreponerse al heredero legítimo.

¿Á partir de cuándo restituirá los frutos? El Código francés dice expresamente que desde que se abrió la sucesión hereditaria; el nuestro, y todos los demás, desde que el heredero entró en posesión. Ahora bien: como la posesión hereditaria se adquiere por ministerio de la ley, desde el momento mismo en que la sucesión se abre, en el caso de aceptarse la herencia (art. 440), las diferencias de expresión del Código francés y de los restantes, redúcense á pura cuestión de forma.

No debemos pasar por alto la dificultad que, en relación con este asunto, presentan las incapacidades adquiridas con posterioridad al fallecimiento del testador. Podemos valernos, como ejemplo, de la del mismo núm. 4.° del art. 756: no denunciar á las autoridades judiciales la muerte violenta del causante. Aquí la incapacidad no se decide hasta pasados treinta días en el incumplimiento de la obligación legal. Si el heredero había ya tomado posesión de los bienes, cuando aún no se sabía que iba á ser indigno, por abandono, ó por torpeza, ó por mala intención, ¿estará obligado, después de declarada la indignidad, á restituir los frutos, etc., en las condiciones que antes hemos examinado, á partir desde el momento en que se abrió la sucesión?

Realmente, hubo un período de treinta días en que no se le pudo suponer poseedor de mala fe, y en que, con efecto, no lo era; nadie tuvo derecho para impedir que entrara en posesión de los bienes hereditarios, ni él mismo acaso pensó en la posibilidad de que las circunstancias le incapacitasen para suceder. Sin embargo de esto, el rigor de la ley, retrotrayendo al día del fallecimiento del testador, en los términos que estudiamos en el artículo 758, la declaración de las incapacidades, impide que se considere poseedor de buena fe ni un momento solo al que antes ó después incurre en la prohibición. Después de todo, sería cosa rara que el sometido á indignidad en cualquiera época no tenga ya cuando fallece el testador indicios suficientes para comprender que su derecho hereditario está en peligro, y que, en la duda de lo que sucederá más adelante, debe aplazar la acción de la herencia.

V. *De la validez ó invalidez de los contratos celebrados relación á los bienes hereditarios por el heredero indigno*

Llegamos, después de esta prolija exposición de casos y opiniones, al punto más interesante de toda la materia: al de la validez que corresponde á los contratos celebrados por el heredero aparente durante el tiempo de la posesión indebida. Más determinadamente se presenta el problema en lo relativo á las enajenaciones de bienes hereditarios.

Para no hacer largo y enojoso el examen de la dificultad, creemos conveniente referir en primer término los principales argumentos de los jurisconsultos en apoyo de dos opiniones principales y contradictorias: la de los que sostienen que son válidas todas las enajenaciones hechas por el heredero aparente, y la de quienes las consideran nulas todas.

Se inclinan á la validez, entre otros autores, Aubry, Marcadé, Mourlon, Borsari, etc., y apóyanse al efecto:

1.° En el art. 958 del Código francés, idéntico al 649 del nuestro, según el cual, la revocación de las donaciones por causa de ingratitud no perjudica á las enajenaciones de bienes hechas por el donatario con anterioridad á la demanda de revocación.

2.° En que el incapaz es heredero aparente para con los verdaderos sucesores, pero lo es real para con los terceros, cuando gestiona á nombre de la herencia, compra y vende sin oposición de nadie, ó sin conocimiento, al menos, de su vicio de posesión por parte de quien con él contrata.

3.° En que la buena fe del tercero no puede ser perjudicada por una circunstancia que él desconocía al verificarse el contrato.

A la cabeza de los que sostienen la nulidad de dichas enajenaciones se halla Hureaux, con quien están de acuerdo Laurent, Demolombe, Troplong, etc., etc. Sus principales argumentos son éstos:

1.° Que en el derecho de Roma, las enajenaciones se anulaban *ex tunc*, siempre que la causa de la rescisión, resolución ó revocación era antigua, preexistente, anterior á la enajenación, como la de la incapacidad.

2.° Que sólo se anulaban *ex nunc*, ó sea, á partir de la declaración del vicio del enajenante, cuando la causa era nueva, sobrevenida con posterioridad al acto cuya validez se discutía; lo cual explica la disposición del art. 958 del Código francés, inmente invocado, en consecuencia, por los partidarios del mantenimiento de las enajenaciones.

3.° Que *nemo dat quod non habet*, y, por otra parte, que la enajenación de la cosa de otro es nula, según el art. 1.599 del Código francés, y los principios que informan todas las legislaciones.

4.° Que la buena fe del comprador no es un modo de adquirir, ni basta para la consolidación de un derecho.

Al lado de estas dos opiniones extremas, hay varias intermedias dignas de atención, y principalmente la de Toullier, Chabot, etc., que consideran nulas las enajenaciones á título lucrativo y válidas las á título oneroso, fundándose en el escaso perjuicio que las primeras suponen relativamente para el adquirente, y en el extraordinario que envuelven las segundas. La opinión de Borsari, aun decidido por la validez de las enajenaciones, tiene también cierta especialidad, por cuanto, según él, para formar criterio en cada caso, ha de tomarse punto de partida en el mayor ó menor conocimiento que el comprador tuviese de la incapacidad del heredero; viniendo todo á resolverse en una cuestión de buena ó mala fe, encomendada siempre al juicio de los Tribunales.

Nosotros empezaremos por separar de la discusión la venta de las cosas muebles de la herencia, acerca de cuya validez ó nulidad, según los casos respectivos, hemos hablado largamente en el comentario del art. 464. Nos bastará repetir aquí las conclusiones entonces obtenidas, haciendo aplicación á los contratos celebrados por el heredero aparente, y sosteniendo, en consecuencia:

1.° Que el heredero real podrá reivindicar siempre la cosa mueble enajenada, de aquel en cuyo poder esté, cualquiera que sea el título de propiedad con que se tenga.

2.° Que cuando el adquirente de quien se reivindica la cosa tuvo buena fe, sin sospechar los vicios que dañaban la posesión del vendedor, el heredero reivindicante está obligado á indemnizar el precio de la cosa, pudiendo después naturalmente repetir el pago del incapaz que celebró la venta.

Reducida la dificultad á la venta de bienes inmuebles, habrá de reconocerse, ante todo, la escasa posibilidad de que el heredero aparente realice enajenación ninguna, pudiendo evitar este peligro los interesados en la herencia, que en la mayor parte de los casos estarán presentes, con la sola interposición

la demanda de incapacidad y las oportunas anotaciones preventivas de las fincas. Como esto sucederá en la mayoría de las ocasiones, y como el comprador que acceda á celebrar el contrato con el heredero incapaz, tendrá, por consecuencia, conocimiento suficiente de las circunstancias en que se coloca, á nadie más que á él le serán imputables los perjuicios que en adelante se le irroguen con la anulación de la venta. Desde el momento, pues, en que se logra la anotación preventiva de los inmuebles, los bienes ó derechos reales anotados, según dispone el art. 71 de la ley Hipotecaria, podrán ser enajenados ó gravados; pero sin perjuicio ya del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la referida anotación.

La duda, de este modo, viene á quedar limitada al solo caso de que el heredero incapaz haya conseguido la inscripción de los inmuebles en su beneficio, de que después los enajene, y de que más tarde, dentro del plazo de cinco años que concede el artículo 762, se entable contra él demanda de incapacidad. Aquí es donde todos los argumentos de los tratadistas tienen holgura y libertad para moverse, y donde toda teoría puede tener también asiento propio, á gusto de sus sostenedores.

Pero en nuestra ley Hipotecaria parécenos que están resueltos ya todos los problemas, y afortunadamente con arreglo á una justicia estricta, que en pocas ocasiones quebrantará legítimos derechos, sino por la natural inclinación de la balanza del lado á que la lleva el peso máximo. Respetables son por igual el derecho del heredero á quien por ministerio de la ley pasan los bienes á consecuencia de la incapacidad de la persona designada en primer término, y el del tercero que adquirió alguno de los bienes por un contrato legítimo y con la garantía de la inscripción de propiedad en el Registro á favor del trasmitente. En el uno concurre la seguridad de su derecho, determinado por el testador ó por la ley: en el otro la seguridad de su título de dominio, también logrado bajo el amparo de las leyes. ¿Cuál de estos intereses debe ser preferido, cuando el conflicto se presenta, uno de cuyos casos más salientes es el de estas enajenaciones de bienes hereditarios por herederos incapaces?

Empecemos por recordar que, con arreglo al art. 23 de la ley Hipotecaria, «la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado no perjudicará á tercero

si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma», excepto en el caso de que la herencia, testada ó intestada, recaiga en herederos necesarios. Por lo tanto, cuando se trate de un heredero voluntario, incapacitado para suceder, pero que logre la inscripción y el disfrute de los bienes, las enajenaciones de los mismos no son definitivas ni perjudican al heredero real, por ser ya conocida para el extraño adquirente la índole provisional y revocable de la inscripción de su derecho. La cuestión queda, en su virtud, reducida al caso de ser un heredero forzoso aquel contra quien se deduzca la acción de incapacidad.

Sienta la ley Hipotecaria, primeramente, en el art. 34, con aplicación á este asunto y como excepción de la regla cateniana *quod ab initio vitiosum est non potest tempus convalescere*, que cuando la persona que vende un inmueble ó derecho real aparece en el Registro con derecho á ello, el comprador no sufre daño por la resolución posterior del derecho del otorgante, si se funda en títulos ó en hechos que no aparezcan consignados en la inscripción.

El art. 37 de la misma ley confirma la doctrina de que las acciones resolutorias y rescisorias no se darán contra el tercero que haya inscrito los títulos de su derecho respectivo, sino cuando deban su origen á causas explícitamente consignadas en el Registro; y al mismo tiempo reconoce como ejercitables en contra del tercero las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, cuando la segunda enajenación se verifique á título gratuito ó cuando el tercero haya tenido complicidad en el fraude.

Con sujeción á este precepto, ¿cabrá considerar como hecha en perjuicio de acreedores la venta de los bienes por dichos herederos aparentes, y se podrá reivindicarlos del tercero, supuesto que concurra alguna de dichas circunstancias?

Nosotros no encontramos grave inconveniente para interpretar la ley Hipotecaria de este modo. Partiendo de la presunción legal, *iuris et de iure*, de que el heredero incapaz obra con mala fe, esto es, con conocimiento de los vicios que invalidan sus actos, nada más lógico que considerarle como un deudor pecto á los verdaderos sucesores, á quienes en su día tendrá obligación de responder de su conducta. El dueño legítimo los bienes hereditarios, esto es, la persona á quien se adjudic

la sucesión después de declarada la incapacidad, es un verdadero acreedor en cuanto al heredero aparente, en el sentido amplio que á la palabra «*acreedores*» da la ley respecto á todo el obligado á dar, y aun á hacer, alguna cosa. En consecuencia, la enajenación que haga dicho heredero de los bienes, debe considerarse fraudulenta, y, por lo tanto, rescindirse:

1.° Cuando se hizo á título gratuito.

2.° Cuando el adquirente á título oneroso fué cómplice del fraude en los tres casos que determina el art. 41 de la repetida ley Hipotecaria:

a) Si se demuestra que le constaba el fin de la enajenación y que coadyuvó á ella.

b) Si adquirió la cosa por la mitad, ó menos, de su justo precio.

c) Si habiéndose cometido cualquiera especie de suposición ó simulación en el contrato, se probare que el adquirente tuvo noticia ó se aprovechó de ella.

En realidad, aun suponiendo que no debiera interpretarse así la ley Hipotecaria, ninguna teoría fuera, á nuestro juicio, tan completa y tan ajustada á las circunstancias de cada caso de conflicto. Reduciéndola á líneas generales y grupos, viene á resultar que las enajenaciones se distinguen, como desean muchos ilustres tratadistas, en lucrativas y onerosas. Las lucrativas se rescinden siempre, no sólo por el menor perjuicio que se causa al adquirente, sino por la suposición de fraudulencia que envuelven. En cuanto á las onerosas, se hace una nueva distinción, según la buena fe del adquirente. ¿Tuvo conocimiento de la suposición falsa del contrato? ¿Podía constarle la falta de derecho con que le celebraba el vendedor? ¿Carecía, en fin, de buena fe? Pues la enajenación queda rescindida. ¿Obró, por el contrario, sin sospecha alguna de la incapacidad del otro contratante, fiado de la inscripción hecha á su nombre en el Registro de la propiedad, con buena fe, en resumen? Pues la enajenación se mantiene, y el heredero real, de acuerdo con la disposición del apartado último del art. 38 de la ley Hipotecaria, no tendrá otro

no que el de dirigir la acción personal correspondiente para
demnización de daños y perjuicios contra el heredero apa-
que se los causó.

epetimos que esta es la teoría más conforme con las buenas

doctrinas, con la importancia de los intereses puestos en lucha y hasta con las opiniones de los tratadistas, inclinados cada día más á soluciones eclécticas. Las de declarar nulas ó válidas por igual todas las enajenaciones tienen inconvenientes graves y dan origen á enormes injusticias. La que nosotros nos permitimos apoyar en nuestra ley Hipotecaria, término medio de todas las opiniones emitidas, creemos evidente que reduce á la menor suma posible, sin daño de ningún principio, las ocasiones de injusticia legal á que se presta tanto la materia.

ART. 761. Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador, y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

El excluído no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

Concordancias.—Análogo al art. 623 del proyecto de 1851 y al 760 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. – *Ley 13ª, tít. III, Partida 6.ª* ... E por cualquier destas seys razones sobredichas pierde el heredero la herencia *e deuela auer el Rey*, e por estas mismas razones que deue el heredero perder la herencia, por estas mismas perderian las mandas aquellos a quienes fuesen fechas.

COMENTARIO.—Las consecuencias de haber sido copiado á medias del Código de Méjico el anterior artículo, subsisten todavía en éste. Por no haber sido mencionados junto á los herederos condicionales los incapaces, no comprendíamos la colocación del citado artículo en la materia de incapacidades. Por el mismo defecto de haberse dejado para la siguiente sección del C[illegible], artículo 766, la regla de que los herederos incapaces decl[illegible] sin derecho á la sucesión nada transmiten á sus propios h[illegible]ros, la disposición del artículo que comentamos está tambi[illegible] debidamente colocada. Es, en efecto, una excepción d[illegible]

regla, y se da el caso de incluirla en sección distinta y contradiciendo el orden lógico que corresponde á las proposiciones generales y á las especiales.

Sabido es que, en Roma, los bienes que correspondían al incapaz de suceder iban á parar al Fisco, especialmente por aquellas causas que agrupamos hoy en el concepto genérico de la indignidad. Este mismo sistema se conservó en las antiguas legislaciones de la Edad Media, y aunque verdaderamente la discusión fué un tanto viva, entre los jurisconsultos, en cuanto á la posibilidad de declarar responsables á los herederos de las culpas de una persona, es lo cierto que en nuestra legislación de Partidas continuó el rigor, y que en otros pueblos, salvas algunas decisiones aisladas de los Tribunales, se ha seguido también igual criterio hasta la publicación del Código francés.

La *ley 13.ª, tít. III, Partida 6.ª*, que enuncia las causas por que se incurre en indignidad, termina diciendo: «*E por cualquier de estas seys razones sobredichas pierde el heredero la herencia, e deuela auer el Rey, e por estas mismas razones que deue el heredero perder la herencia, por estas mismas perderian las mandas aquellos á quienes fuessen fechas*». Más adelante, la *ley 17 de los mismos título y Partida* establece varias excepciones de la anterior disposición: pero por motivos puramente particulares, sin criterio ni sistema verdaderamente científicos. Cuando la incapacidad toca al tutor, por no haber aceptado el encargo, los bienes pasan á los huérfanos; cuando consiste en haberse hurtado el testamento por el heredero, ó en haber sido designada falsamente la causa de la institución, pasan á los parientes del difunto, lo mismo que si el instituido fuera hereje, judío ó moro; cuando se funda en el abandono del hijo para con el padre, se transmiten á la persona que cuidó de éste; por último, cuando depende de haber caído en cautividad el testador y no haberle librado el heredero, se aplican á los gastos de la redención de cautivos.

Pothier parece haber sido el primero que juzgó inhumano ... por las culpas de los padres, se privara á los hijos de sus ...hos ó esperanzas á la herencia; ó, por lo menos, el que primente resolvió la principal dificultad que los jurisconsultos ...traban: la de que pasando los bienes á los hijos del inca... beneficiara indirectamente á éste, y se hiciese inútil la

previsión de los legisladores. Propuso Pothier que se privara al padre, en esos casos, del usufructo de los bienes, y así vino el Código francés á decidirlo, en el art. 730, abriendo camino al mismo tiempo á la legislación posterior de casi todos los países.

La forma de redacción de dicho artículo del Código francés ha producido innumerables discusiones, en cuanto á la inteligencia de la frase *sans secours de réprésentation* que en él se emplea. «Los hijos del declarado indigno, dice (allí se habla sólo de los indignos), que tengan derecho á la herencia directamente, sin ayuda de la representación, no quedan excluídos por la falta que cometió su padre»... Y preguntaban y aun preguntan los comentaristas: ¿es que este beneficio de no ser responsables de las faltas del antecesor, sólo se concede á los herederos directos del causante, y no á los que pudieran sucederle por representación del incapaz?

Autores hay muy decididos á la interpretación rigorosa del texto, que contestan afirmativamente á la pregunta, en consideración sobre todo al argumento de que no se puede representar derechos á nombre de quien en realidad no los tenía. Pero la generalidad de los jurisconsultos, haciéndose cargo de la injusticia que resulta del texto, según cuyo tenor literal sólo se puede ejercer derecho de representación cuando el incapaz ha fallecido, ó sea, cuando sus hijos entran á la herencia directamente, resuelven de una manera negativa la cuestión; tomando como razones principales la de que precisamente el art. 730 tiene por propósito que no se perjudique el hijo por culpas de su padre, y la de que la frase «*sin ayuda de representación*» es más bien indicativa que dispositiva, significando no ser verdadera representación, en este caso, el derecho con que los hijos sustituyen á sus procreadores.

Como quiera que sea, el Código italiano, huyendo de la dificultad, ha consignado expresamente (art. 728) que la indignidad de los padres ó ascendientes no perjudica á sus hijos y descendientes, bien sucedan por vocación propia, bien por derecho de representación; con cuyo sentido está también de acuerdo n tro Código, al no hacer ninguna diferencia entre ambos m de concurrir á la sucesión hereditaria.

Ahora bien: nuestro art. 761 limita la sustitución del p por el hijo á las herencias de la línea recta, al contrario del

liano y del francés, que la permiten en toda la amplitud de la sucesión *ab-intestato*. Ha de tratarse de un hijo ó descendiente del testador, á quien se declare incapaz, y de otros hijos ó descendientes de éste, y, por lo tanto, del primero, que puedan sustituirle en la sucesión; de donde se deriva la poca utilidad que habrá de producir el buen deseo del precepto.

Como antes hemos dicho, la disposición del artículo presente no tiene más objeto que formular una excepción á la doctrina contenida en el art. 766, estableciendo el caso en que los bienes que debían corresponder al incapaz pasen á sus herederos. Pero esta excepción no necesitaba declararse en cuanto á la sucesión *ab-intestato*, ni siquiera en la testamentaria, á no ser para el caso de concurrir otros hermanos con el incapaz, á quienes pudiera acrecer la porción vacante; porque, de otro modo, por las reglas de la sucesión *ab-intestato*, los hijos del incapaz heredarían directamente los bienes de su antecesor, sin declaraciones especiales de la ley.

*
* *

El apartado segundo del artículo, por el que se priva al padre de la administración y del usufructo de los bienes que correspondan á los hijos á consecuencia de su incapacidad, es fruto de una justísima doctrina, que nadie podrá con regulares argumentos combatir. La dificultad está en saber cómo podrá sustituirse la administración del padre, ya que no el usufructo, sin haber desaparecido la patria potestad. Viviendo el hijo con economía separada de su padre no hay problema, porque lo resuelve el art. 160 del Código, al conceder al hijo la administración y el usufructo de los bienes del peculio adventicio cuando, con consentimiento de sus padres, vive independiente de éstos.

Pero si el hijo no ha sido emancipado, ó aun viviendo con independencia económica de su padre, éste recaba para sí su derecho de patria potestad, ¿quién recogerá los bienes que le correspondan por la incapacidad hereditaria de su padre, y cómo y en qué condiciones se proveerá al cuidado de la administración?

Desde luégo no consideraríamos acertado que se diesen los bienes al cónyuge del incapaz, padre ó madre del heredero, porque la disposición legal de privación del usufructo resultaría

entonces perfectamente inútil. Tampoco es posible que se acuda al nombramiento de tutor, porque, según expresa terminantemente el art. 199, la tutela es incompatible con la patria potestad.

El caso es parecido al del art. 171 del Código, sobre privación total ó parcial, por sentencia de los Tribunales, del usufructo concedido al padre en los bienes de su hijo, y lo es también, aunque no tanto, al del art. 165, sobre intereses opuestos del padre y del hijo en determinado asunto relativo á bienes de uno ú otro. En el art. 171 se concede á los Tribunales la facultad de adoptar las providencias que estimen convenientes para la defensa de los intereses del hijo; en el 165 se autoriza el nombramiento de un defensor que represente al hijo en juicio y fuera de él. Reuniendo ambas disposiciones, y buscando su aplicación por analogía al presente caso, formamos la opinión de que, cuando éste se presente, el Juez de primera instancia á quien corresponda podrá, en acto de jurisdicción voluntaria, proveer á la administración de bienes del menor, nombrando una persona que se encargue de ella en las mejores condiciones y con las garantías necesarias. Esta persona no ha de ser precisamente de las llamadas á la tutela legítima, como requiere el art. 165, porque los abuelos y los hermanos, aun en el supuesto de que existan, no siempre estarán en condiciones de servir al pensamiento de la ley, privando al incapaz de todo beneficio de la herencia. Por lo demás, éste es un punto que afecta en gran escala á los procedimientos judiciales, y que se deberá tener en cuenta, á nuestro parecer, cuando la ley de Enjuiciamiento civil sea reformada, para ponerla en armonía con el Código.

Terminaremos este comentario haciendo indicación de una dificultad expuesta por Mazzoni. Si *A* deja ciertos bienes á los hijos de *B* en concepto de legado, y si *B* está incapacitado para suceder á *A*, ¿tendrá, no obstante, la administración de dichos bienes? Claro es que á primera vista puede parecer que no, por referirse á parte de una herencia para cuyo disfrute está incapacitado *B;* pero como se trata de unos bienes que el hijo hereda por llamamiento propio, y á los que nada afecta la incapac del padre, la disposición legal no podría tener aplicación, interpretándola extensivamente, contra lo que requiere ' dole penal de la materia.

ART. 762. No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

Concordancias.—Análogo al art. 762 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 4.ª, tit. VIII, Part. 6.ª*— ... Otrosi dezimos que si alguno que fuesse deseredado callasse e non querellasse fasta cinco años, despues que el heredero ouiesse entrado en la heredad del testador, que de los cinco años en adelante non se podria querellar, e maguer se querellasse, queriendo mostrar razon porque non deuia ser deseredado, non deue ser oydo. Fueras ende, si fuesse menor de veynte e cinco años. E este atal, puede fazer tal querella, fasta que sea de edad cumplida, e aun en los quatro años que se siguen despues.

COMENTARIO.—Este artículo viene á corresponder exactamente con el 23 de la ley Hipotecaria, según el cual, la inscripción de bienes inmuebles ó de derechos reales procedentes de herencia no perjudica á tercero hasta pasados cinco años después de realizada. En todo este término, el heredero no llega á consolidar definitivamente su dominio, pendiente de que los interesados reclamen contra él, bajo la alegación de algún derecho preferente. Entre estos derechos preferentes figura el derivado de la incapacidad del heredero primitivo, para su sustitución legal por el llamado *ab-intestato,* ó por el que al efecto hubiera designado el testador.

Esta acción, dirigida á la declaración de la incapacidad de un heredero, ofrece algunas particularidades, que vamos á exponer con brevedad, considerando que su examen, con ser más adecuado en este artículo que en otro, no es, sin embargo, de todo punto pertinente.

He aquí las personas que pueden ejercitar la acción, según las enumera Borsari:

Los parientes de grado subsiguiente, á quienes, á falta digno, corresponderá la sucesión *ab-intestato.*

Los herederos nombrados en el testamento legítimo, ido el incapaz entró por uno falso.

3.° Los coherederos del incapaz.

4.° El heredero real, respecto al legatario incapacitado.

5.° Los donatarios y los legatarios á quienes la legítima correspondiente al indigno impone determinada reducción de los respectivos beneficios.

6.° Los hijos naturales á cuya porción hereditaria afecta la legítima del indigno.

Y 7.° Los cónyuges á quienes por igual razón se disminuye la cuota hereditaria.

Como se ve, todos estos casos pueden comprenderse en una fórmula sencilla, á saber: tienen acción para pedir que se declare la incapacidad de un heredero todas las personas cuyo derecho puede mejorar á consecuencia de la exclusión del mismo. Nada de esto es dudoso.

La cuestión difícil está en averiguar si los acreedores de cada una de las personas indicadas tienen derecho á promover la acción cuando el deudor no la ejercita. De no ser así, nada más fácil que el acuerdo de dichas personas con el heredero incapacitado, y la consiguiente privación en los acreedores de la esperanza y del derecho de cobrarse con la participación hereditaria; circunstancias análogas á las que produjeron la disposición del art. 1 001 de nuestro Código, en donde se establece que cuando el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre suyo.

No sólo en esta disposición se encuentra fundamento para sostener la facultad de los acreedores de reclamar á nombre del deudor contra la incapacidad hereditaria de que resulta beneficio al mismo, sino también en el art. 1 111, relativo á los efectos generales de las obligaciones y concordante con el 1.166 del Código de Francia, y el 1.234 del de Italia, que permiten á los acreedores, á falta de otros medios de realizar lo que se les debe, ejercitar todos los derechos y acciones del deudor con el mismo fin, exceptuando sólo los que sean inherentes á su personalidad.

Todo consiste, por esto mismo, y aquí es donde se encuentra el nudo de la discusión, en decidir si es inherente á la personalidad del respectivo interesado el ejercicio de la acción establecida contra los incapaces. Sostienen unos que esta acción

naturaleza familiar, que se une á ella en ciertos casos hasta la dignidad de una familia, y que cuando el pariente interesado en ello respeta estos motivos, acaso por decoro propio, no es justo que se dé á un extraño la facultad de sobreponerse á ellos. Por otra parte, para ejercitar los acreedores el derecho en contra de la herencia, sería necesario que el deudor lo tuviera verdaderamente adquirido, cosa que no sucede mientras la incapacidad no se declara. Contestan á esto los contrarios que la acción no corresponde sólo á los parientes, sino á los legatarios, por ejemplo, en cuyas manos no puede suponérsela carácter familiar; y añade Demolombe que en cuanto á los indignos, la acción tiene también carácter público, no obstando la defensa del interés particular en ella contenido, á la reparación social que se persigue.

Borsari toma el término medio de estos pareceres, y manifiesta una opinión, con la que estamos totalmente de acuerdo. Hay acciones de incapacidad, viene á decir, que corresponden sólo á los interesados; hay otras de índole penal, cuyo ejercicio es público. Cuando se ha conseguido, ya en una forma ó en otra, la prueba de la incapacidad, como por ejemplo, cuando la acusación ha sido declarada calumniosa, cuando un atentado contra la vida del testador ha sido objeto de la condena en juicio, el patrimonio de los interesados en la declaración de la incapacidad adquiere *ipso facto* derechos contra la herencia. En su virtud, deja de ser inherente desde ese momento á los deudores el derecho de ejercitar la acción, y los acreedores, por lo tanto, adquieren la facultad de obrar á nombre suyo. En otros términos: sólo son inherentes á la personalidad del deudor las acciones de incapacidad en tanto que ésta no ha sido demostrada por declaraciones judiciales, á consecuencia de procedimientos de carácter público.

Es también punto originado á discusiones el de si, teniendo facultad de ejercitar la acción determinado pariente, á quien la herencia corresponda en sucesión *ab-intestato*, pueden los pa-
tes de grados sucesivos compelerle á que la ejercite ó la re-
cie. Los autores se inclinan á la afirmativa, si bien no falta
no, entre los jurisconsultos más modernos, que se decide á
inión contraria, basándose en la falta de interés *actual* en
entes á quienes la duda se refiere. No vacilamos en su-

marnos á los primeros, porque si en realidad es indudable que el pariente más próximo puede hacer ó no uso de su derecho, y hasta renunciar á él en beneficio del incapacitado, también lo es que su renuncia simple abre las puertas de la sucesión intestada á los que le siguen en grado, y que éstos perderían sus naturales esperanzas de heredar si transcurrieran los cinco años concedidos para entablar la acción, sin manifestar su voluntad, en uno ú otro sentido, el que en primer lugar podría ejercitarla.

La acción para declarar la incapacidad debe dirigirse contra el que ha incurrido en ella; pero, ¿podrá también ser ejercitada, una vez muerto él, contra sus respectivos herederos? Son muchos y muy ilustres los autores que han defendido la negativa, sobre todo entre los comentaristas antiguos del Código francés. Pero mejor estudiada la cuestión, la generalidad de los autores modernos que se ocupan de ella se inclinan hacia el lado opuesto. Fúndanse los primeros en el carácter penal de la mayor parte de las acciones de incapacidad, y en que no puede hacerse responsable á los herederos de una persona de los hechos punibles de la misma. A esto se responde que cualquiera acción que tiene un fin civil, como la consecución de bienes materiales, se da contra los herederos del obligado, lo mismo cuando se relacionan con la comisión de un delito que en otro cualquier caso. Por otra parte, de lo que se trata es de recobrar, y en cierto modo de reivindicar, bienes y derechos que no pudieron pertenecer al difunto, y que, por consiguiente, no eran transmisibles á sus herederos.

También nosotros opinamos que puede dirigirse contra los herederos del incapaz la acción concedida en contra de éste. Cuando la demanda se haya presentado ya en vida del incapaz, se seguirá el litigio contra los herederos; cuando no, podrá ser promovido directamente. Aun en aquellos casos de índole penal, como los atentados contra la vida del testador, que exigen la previa condenación en juicio, si el delincuente falleciera antes de la resolución del proceso incoado, podría también, á nuestro juicio, entablarse demanda de incapacidad ante la jurisdi[cción] civil, en contra de los herederos del culpable, haciendo q[ue] Juez conociera, ya que no del delito, de la demostración d[el] cho á los efectos de la incapacidad de suceder.

Advertiremos, por último, que el art. 762 no tiene sen

en el Código francés, en el italiano ni en el portugués. Es, en cambio, copia literal del art. 3.458 del Código de Méjico. En la legislación de los indicados países, la acción para reclamar contra la capacidad se rige, en cuanto al término, por lo dispuesto en general para las demás acciones; y así su duración resulta de treinta años. El plazo que señala nuestro Código nos parece más en armonía con la naturaleza de la acción y con la especialidad de caracteres de la sucesión hereditaria.

SECCIÓN SEGUNDA

De la institución de heredero.

Los romanos sintieron, pero no comprendieron el derecho. Tuvieron el arte, pero no la ciencia. Llegaron á las consecuencias, pero no sentaron las premisas. Una intuición maravillosa, un fuerte sentimiento del más y del menos, del pro y del contra de todas las relaciones sociales, produjeron aquel conjunto de axiomas y de reglas agrupadas en las Instituciones de Gayo y Justiniano, y especificadas y explicadas con inimitable sabor práctico en la insuperable obra del Digesto.

En la Filosofía del Derecho se ha procedido, y se procede, por análisis antes que por síntesis. Rara vez se ha ido desde un principio general, fundado en la conciencia ó en la naturaleza y mantenido en la abstracción, á las particulares consecuencias contenidas en él. Ha de concederse á los positivistas, por lo menos, que en el orden histórico las aplicaciones han precedido á los principios, que la conciencia del género humano se ha pronunciado primeramente sobre las dificultades de los hechos, independientes y aislados de la [illegible], y que ha sido obra de perfección de la cultura la [illegible] lensación de las reglas particulares en las genera-

les, el establecimiento de los principios superiores, la construcción científica de las verdades del Derecho. Peca de vulgar, pero es indiscutible que corresponde á Roma el mérito de haber formulado, especialmente en el Derecho civil, todos los detalles de las instituciones jurídicas, de donde por fuerza del análisis se han inducido las concepciones modernas de la ciencia.

No es ocasión ahora de apreciar la cantidad inmensa de trabajo, la delicada penetración de criterio, el vivo sentimiento de justicia con que llegaron los romanos desde la invención del testamento, hasta la determinación y la resolución de casi todos los problemas á que tan complicada institución ha dado origen. Ello es lo cierto que la labor ha sido suya casi enteramente, y que materias de gran complicación, de enormes luchas de intereses, como la de la institución del heredero, salieron de sus manos redondas y acabadas, en todo lo que no obedecía á una necesidad social, para que al cabo de los siglos, los legisladores puedan limitarse á repetir, no sólo sus ideas, sino las palabras mismas con que las expresaron.

En general, cuando los hechos anteceden á los criterios y la humanidad camina sin presencia de la ley directora, cuando las aplicaciones no se ajustan á un principio predeterminado, se corre el riesgo de la rectificación constante, hasta afirmar al fin la línea recta á que ajustarse en los procedimientos sucesivos. Pero la intuición es á veces tan poderosa, se adivina en tal manera lo que no se sabe, que la rectificación no tiene espacio ni razón de ser.

Dista bastante, sin duda, el régimen de la ins[illegible]ción hereditaria en los modernos Códigos, el [illegible]

entre ellos, de lo que fué en el Derecho romano. Ya no es el nombramiento de heredero la *caput testamenti*, el acto primordial y esencial de la última voluntad de las personas; nada queda tampoco de aquella caprichosísima división de la universalidad de bienes del as hereditario que tanto debió de preocupar en Roma á los jurisconsultos. Alguien podrá pensar y afirmar, por la ruptura del derecho moderno con el antiguo en estos puntos esenciales, que la teoría romana ha sido objeto de grandes rectificaciones, obedientes á inconcusos principios de derecho definidos por una cultura más adelantada, y que el procedimiento puramente práctico de Roma, por anticiparse á las enseñanzas filosóficas, por construir el edificio desde el tejado á los cimientos, ha requerido las modificaciones que se advierten.

Pero ninguno de los puntos en que el Derecho de Roma ha merecido rectificación esencial, debióse á confusiones de criterio ni á falta de seguridad en el sentimiento á que se acomodaban. Circunstancias sociales exclusivas de aquel pueblo y desaparecidas totalmente, justificaron el llamado horror de los romanos á morir sin testamento. Pasadas aquellas vicisitudes, apagado el horror á la sucesión *ab-intestato*, es natural que á las nuevas ideas, á los diferentes motivos que inspiran la conciencia social, haya correspondido una modificación de los resultados de la misma.

«Recordemos, dice Sumner Maine, la definición ordinaria de la herencia en Derecho romano, para que el lector aprecie la fuerza de cada uno de sus términos. "*Hereditas est successio in universum ius quod defunctus habuit*, «herencia es la sucesión en el total de derechos [illegible] difunto». Que equivale á decir: «aunque la perso-

nalidad física desaparece, la legal sobrevive y pasa íntegra á sus herederos ó coherederos, que la continúan, por lo que hace al derecho.» El ejecutor ó administrador que en Inglaterra representa al difunto en todos los bienes por él dejados puede dar idea de la institución de que procede, pero no la explica. Hasta los últimos tiempos del Derecho romano había entre la posición del difunto y la del heredero una estrecha correlación, que no tiene equivalente en la representación inglesa. En la jurisprudencia primitiva todo tendía á la continuidad de sucesión: el testamento era ineficaz cuando le faltaba la institución de heredero para la transmisión inmediata de derechos y obligaciones. En el Derecho moderno y en el romano del último tiempo, se atiende á la intención del testador; en el romano primitivo se atendía, ante todo, á asegurar la sucesión universal. Lo primero es de sentido común, y lo segundo parece un capricho inútil; pero sin ésto no se hubiera llegado á aquéllo...»

«Los romanos no consideraron nunca el testamento como un medio de desheredar á la familia ó dividir desigualmente los bienes. Las reglas de derecho que prohibían emplearlo así, aumentaron en número y en rigor según se fué desarrollando su jurisprudencia; lo cual demuestra que en la sociedad romana había un sentimiento fijo contra las desviaciones accidentales de los individuos. Parece, en efecto, que la facultad de testar se estimó como medio de atender á las necesidades de la familia y de dividir la herencia más equitativamente que con la sucesión *ab-intestato;* sentimi-
general que explicaría un tanto el horror de los r
nos á morir sin testamento. No había para ellos de

cia mayor que ésta: ninguna maldición peor podía lanzarse á los enemigos. Esto no tiene, al parecer, equivalente alguno en las opiniones de hoy: siempre sin duda han preferido los hombres disponer de sus bienes *mortis causa* á dejar disponer á la ley; pero la pasión de los romanos por la testamentifacción era más intensa que el simple deseo de satisfacer un capricho, y en nada parecida al orgullo de familia que creó el feudalismo y que acumulaba determinados bienes en manos de un solo representante...»

»Las diversas reglas de sucesión *ab-intestato* que los romanos debieron de practicar entonces, explican, y más aún, el horror de aquéllos durante tanto tiempo á morir intestados. Se sucedía en este orden. Muerto un ciudadano sin testamento, ó anulado éste, le heredaban: 1.°, sus hijos no emancipados; los emancipados no entraban á la herencia; 2.°, en su defecto, los agnados más próximos; los parientes por línea de mujer, por próximos que fuesen, no concurrían; 3.°, los *gentiles* ó conjunto de ciudadanos que llevaban igual nombre que el difunto; excluídas por tanto todas las demás ramas de la familia. De modo que, á falta de testamento válido, un romano de entonces dejaba sin ayuda á sus hijos emancipados, y si no tenía hijos se exponía á que sus bienes salieran de la familia completamente para ir á personas sólo ligadas á él por la ficción sacerdotal que suponía á todos los miembros de la misma *gens* descendientes de un antepasado común. Esta perspectiva basta casi para explicar el sentimiento popular; pero, más, concurre el hecho de que todo esto sucedía zá cuando la sociedad romana estaba empezando á der su organización primitiva en familias sueltas.

El poder del padre había sufrido uno de los golpes más rudos al reconocerse como legítima la emancipación; y aunque el derecho, considerando aún la patria potestad como origen de las relaciones de familia, seguía mirando á los hijos emancipados como extraños á sus parientes consanguíneos, no es de suponer que esta limitación de la familia, impuesta por la pedantería de los legistas, cupiera en el afecto natural de los parientes. Los lazos de familia debieron conservar la santidad y la intensidad casi inconcebibles que tuvieron bajo el régimen patriarcal; y lo probable es que la emancipación, lejos de aflojarlos, los aumentara. Es indudable que la emancipación, más bien que un acto de separación, era una prueba de cariño, una gracia y un favor concedidos al hijo más querido y estimado. De modo que si los hijos así distinguidos quedaban sin herencia á falta de testamento, no se necesita más para comprender el horror de los romanos á morir sin él. Podía suponerse *a priori* que la pasión de hacer testamento nacía de alguna injusticia moral de la sucesión *ab-intestato,* y en efecto, vemos que sus reglas chocaban hasta con el instinto que unía á los miembros de la sociedad primitiva. Todo lo dicho puede resumirse en pocas palabras. Los sentimientos dominantes de los romanos primitivos se unían á las relaciones de familia. ¿Y qué era la familia? El Derecho la definía de un modo y el afecto natural de otro. En este conflicto vino á nacer el sentimiento que analizamos, y que tomó forma de entusiasmo por la institución que permitía al afecto atender á la suerte de las personas queridas" (1).

(1) Sumner Maine, *El Derecho antiguo.*

Nos hemos permitido trasladar íntegros estos fragmentos de la obra maestra del gran Sumner Maine, porque ellos justifican, mejor que pudiéramos hacerlo nosotros, la necesidad, puramente circunstancial é histórica, que hizo del nombramiento de heredero en Roma una condición esencial y *sine qua non* del testamento, y la que determinó el célebre principio de no poderse morir en parte testado y en parte intestado.

Ambas cosas han desaparecido del derecho moderno, á partir en España de la ley célebre del *Ordenamiento de Alcalá*, viniendo á ser hoy principio general de la materia el que sanciona el art. 764 del Código en esta frase: »*El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes.*» Pero el resto de las disposiciones relativas á la institución hereditaria, sus diversas formas y sus efectos, continúan impregnadas del espíritu romano, y aparecen en el Código poco diferentes de como nos las dejaron formuladas los colaboradores de las Pandectas.

Advirtamos, en cuanto á los modernos principios de la institución de heredero, que se derivan lógica y naturalmente de un amplio concepto de la facultad de disponer íntegramennte del dominio de las cosas, y de un no menos amplio espíritu de libertad en la ordenación del testamento. Justo es que quien puede disponer de lo más, pueda disponer de lo menos; justo es del mismo modo que, concebida la sucesión testamentaria como una excepción y derogación de la intestada, no se obligue á la excepción y á la derogación total á quien,

—ne con el orden marcado por la ley, intente estas sólo en parte. Al fin y al cabo, el testamento manifestación de la voluntad del dueño de las

cosas; no se le abriría verdaderamente campo, sino que se le cerraría, imponiéndole la obligación de abarcar en esa voluntad todos sus bienes y derechos.

Las demás disposiciones adoptadas por el Código acerca de la institución de heredero se prestan poco á la crítica. Están informadas, repetimos, por un sentido muy claro y muy práctico de la vida jurídica, y obedecen en todo lo posible á la voluntad presunta de los testadores. Sólo en el art. 769, donde, á nuestro juicio, el Código se aparta, al menos en determinadas consecuencias, del camino de la realidad y del verosímil pensamiento del legislador, es donde tendremos ocasión de exponer una decidida censura.

Pero si no las disposiciones en sí, el orden de su colocación y hasta la procedencia de consignar alguna de ellas en el Código son lo suficientemente injustificados para que debamos desde luego anticipar nuestro disgusto.

El casuísmo, dentro de límites moderados, ayuda á la debida inteligencia de las leyes y facilita su aplicación. Las leyes demasiado abstractas hacen confusos y vacilantes los términos del pensamiento con que se dictaron. Pero repetimos que hay un límite para la abstracción y otro para el casuísmo; y que se traspasa indudablemente este límite al detenerse el Código en las minuciosidades de los artículos 769, 770 y 771. Estos preceptos relativos á casos particularísimos, á verdaderos puntos de hecho, son impropios de un Código y constituyen una invasión poco justificada, puesto que ninguna gran dificultad les ha hecho preciso los dominios de la jurisprudencia de los Tribur Llegar además, como llega el Código, á formul

ejemplo en el art. 769, es aumentar deliberadamente la falta con prolijidades de ejecución altamente ridículas.

El orden de colocación de las disposiciones está también evidentemente descuidado. Ninguno de los artículos 765, 766, 767 y 768 guarda entre sí relación de continuidad, que hubiera debido procurarse, aun siendo poco conexos los preceptos, con una variación ligera en las fórmulas de redacción. El art. 765, además, por su contenido, podría y debería figurar junto al 769. Los 763, 766 y 768, por último, según tendremos motivos de observar más adelante, no encajan en esta sección ni han debido figurar en ella.

ART. 763. El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.

Concordancias.—Semejante al art. 623 del proyecto de 1851 y análogo al 764 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—No existe ninguno concreto pero se deriva la misma doctrina de las leyes siguientes:

Fuero Juzgo, ley 1.ª, tit. V, lib. IV.— ...Por ende tollemos la ley antigua que demandaba al padre y á la madre y al avuelo y vuela dar su buena á los estrannos si quisies y a la muier que s de sus arras lo que quisiese: e mandamos por esta ley que eve guardar daqui adelantre que ni los padres ni los avuelos puedan fazer de suscosas lo que quisieren, ni los fiios ni los

nietos non sean deseredados de la buena de los padres y de los avuelos. Onde mandamos que si el padre ó la madre, el avuelo ó el avuela quisier meiorar á alguno de los fiios o de los nietos de su buena, non les pueden dar mas de la terçia parte de sus cosas de meioria; ni pueda dar á omne estranno de su buena, fuera si non oviere fiios ó nietos... E si aquel que a fiios o nietos si quisiere dar a la Eglesia o a otros logares de su buena, puede dar la quinta parte de lo que ovier sin aquella tercia...

Fuero Real, ley 9.ª, tít. V, lib. III.—Ningun home que hubiere fijos o nietos, o dende ayuso que hayan de heredar, no pueda mandar, ni dar á su muerte más de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar a alguno de los fijos o de los nietos puedalos mejorar en la tercia parte de sus bienes sin la quinta sobredicha que pueda dar por su alma o en otra parte do quisiere e no a ellos.

Siete Partidas, ley 21, tít. III, Partida 6.ª—Differencia e departimiento ha entre los herederos. Ca algunos ha dellos que son llamados suyos del testador. E otros y a que dizen necessarios. E y a otra manera dellos a que llaman estraños. E suyos son llamados aquellos que son fijos o nietos o viznietos del fazedor del testamento, si fueren en poder del, a la sazon que los fizieren herederos. E llamaron los sabios antiguos a tales herederos como estos suyos: porque son como vna persona e vna cosa con el testador. E aun dixeron que son como Señores de la herencia biuiendo con sus mayorales porque en su vida han todo lo que les es menester de los bienes tambien como los padres e los abuelos. E otrosi, porque á la su fin non los pueden desheredar sin cierta e derecha razon... E estraños herederos son llamados todos aquellos que non son de ninguna destas maneras sobredichas de herederos a que dizen suyos y necesarios.

Novisima Recopilación, ley 8.ª, tít. XX, lib. X: que es la *ley 28 de Toro.*—La ley del Fuero que permite que el que tuviere fijo o descendiente legítimo pueda hacer donacion hasta la quinta parte de sus bienes, y la otra ley del Fuero que asimismo permite que puedan mandar teniendo hijos ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes, se entie y platique, que por virtud de una ley y de la otra no pueda dar el padre ni la madre á ninguno de sus hijos ni descendi más de un quinto de sus bienes en vida y en muerte.

COMENTARIO.—Poco podemos decir de este precepto sin invadir el campo que naturalmente corresponde á la explicación de las legítimas, en donde nos haremos cargo detenido de todas las razones filosóficas é históricas por que se puso límites á la facultad de disponer en testamento, después de la amplitud que tuvo en la primera época del Derecho de Roma.

No diremos que los artículos 763 y 806 sean idénticos, ni siquiera que se los debió reducir á solo uno; pero sí que sus disposiciones están unidas tan íntimamente en el motivo que las informa, en el contenido que encierran y en el fin que se propo nen, que no es posible separarlos convenientemente para la exposición de las doctrinas.

El establecimiento de los herederos forzosos fué en sus comienzos una contradicción de la naturaleza del derecho de propiedad. Afirmada como estuvo siempre, desde que la propiedad dejó de ser colectiva, la facultad de disponer de las cosas hasta abusivamente, y habiéndose conservado en parte este derecho para todas las manifestaciones de la potestad dominical en vida de los propietarios, la institución de las legítimas, á pesar de obedecer á consideraciones irresistibles, ha luchado con grandes obstáculos jurídicos, fomentados aún por las teorías de algunos jurisconsultos.

Nada tiene de extraño, por lo tanto, que al definir las facultades del testador, en el art. 763, se haya empezado por la regla de que se puede disponer de todos ó parte de los bienes en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos, dejándose para el segundo lugar la declaración de que, cuando el testador tenga herederos forzosos, sólo podrá disponer con las limitaciones que establece la institución d: las legítimas. Esto es menos extraño todavía en un Código como el nuestro, que, influído por el espíritu de las legislaciones forales, ha venido á reducir considerablemente las cuotas legitimarias del antiguo Derecho de Castilla.

Haremos notar, sin perjuicio de lo expuesto, y no precisamente por temor á dificultades prácticas, sino por razón de cri-
'e estilo, que huelga enteramente uno de los párrafos con
e formula la doctrina en el art. 763. Si ya se dice en el pri-
o que el que carece de sucesores con derecho á legítima
'- disponer libremente de sus bienes, ¿á qué añadir que el

que los tiene no puede disponer con esa libertad? Y de decir que cuando existen herederos forzosos, sólo se puede disponer con las limitaciones que establece la sección quinta de este capítulo, esto es, dejando á salvo la legítima, ¿para qué incurrir en redundancia después de lo expuesto en el primero de los párrafos?

El proyecto de 1851, que á la cabeza de la sección segunda, sobre la institución del heredero, formulaba también la facultad de disponer testamentariamente, se contentó con el primero de los dos párrafos que hoy forman el artículo; y el Código de Méjico, cuyas disposiciones parecen haber sido modelo de las nuestras, en toda la materia de institución hereditaria, limítase también (art. 3.498) á consignar que «el que no tiene herederos forzosos puede disponer libremente de sus bienes en favor de cualquiera persona que tenga capacidad legal para adquirirlos». Sólo en nuestro Código se ha caído en el exceso de dictar dos párrafos, uno en oración afirmativa y otro en negativa, para la misma disposición de ley.

De igual modo consideramos de todo punto innecesaria la frase «*que tenga capacidad para adquirirlos*», tomada del Código de Méjico, y no existente en nuestro proyecto de 1851. ¿Qué resultado práctico se persigue con esas palabras? Se sabe de antemano que el heredero que carece de capacidad no puede recibir la herencia; ó se quiere, pues, significar que afecta á las disposiciones de todo el testamento la capacidad de alguno de los favorecidos en él, cosa que sería altamente absurda, ó se incurre en otra redundancia, viniendo á repetir lo ya sobradamente dicho en la sección de la capacidad del heredero ó legatario.

Tiene otro inconveniente la adición, cualesquiera que sean las consecuencias, muchas ó pocas ó ninguna, que pueda producir. El de que se comete una inversión de términos jurídicos, y lo que constituye una incapacidad del heredero solamente, por especiales condiciones suyas, viene á convertirse en una incapacidad del testador. El rigor jurídico requiere que, por determinados hechos, el heredero designado por el testador no pueda suceder; pero es impropio que esta imposibilidad del heredero se traduzca en imposibilidad del testador, y que se prive á éste, aunque sólo sea en el terreno científico, de designar su heredero á una persona que acaso entonces no ha merecido todavía la incapacidad, y que, de todos modos, puede in

por condescendencia de los interesados ó por otras causas, no ser objeto de la prohibición legal.

Terminaremos estas ligeras indicaciones anotando que el Código, en el presente artículo, se cuida de facultar al testador para disponer de todos sus bienes ó sólo de parte de ellos. En el comentario del siguiente estudiaremos esta facultad, que se establece allí también, como uno de los caracteres esenciales de la institución hereditaria del derecho moderno.

ART. 764. El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos.

Concordancias.—Semejante á los artículos 625 y 627 del proyecto de 1851 é igual al 765 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley única, tít. XIX, del Ordenamiento de Alcalá:* que es la *ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, de la Novísima Recopilación.*—...Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto a las mandas y otras cosas que en él se contienen, *aunque el testador no haya hecho heredero alguno;* y entonces herede aquel, que según Derecho y costumbre de la tierra había de heredar en caso que el testador no hiciere testamento; y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en él se contienen...

COMENTARIO.—*Inexistencia de la institución de heredero: validez del testamento.*—Dice el proemio *del título III de la 6.ª Partida:* «*Fundamento e rayz de todos los testamentos, de qualquier manera quier que sean, es establecer herederos en ellos.*»

Instituir heredero, «haeredem instituere, *en latín, tanto*

quiere dezir como establescer un ome a otro por su heredero, de manera que finque Señor despues de su muerte de lo suyo o de alguna partida dello en logar de aquel quel establescio.» (*Ley 1.ª* de dichos título y Partida.)

Nada más natural, desde el punto de vista por donde se pudo examinar el nacimiento de la institución testamentaria, que considerar el nombramiento de heredero raíz y base indispensables de la última voluntad del hombre.

Primeramente la propiedad fué familiar. «Ante la ley y el magistrado, dice Sumner Maine en su obra magistral *El Derecho antiguo*, la muerte del jefe de la corporación era un suceso falto de importancia, reducido á variar el nombre de la persona que representaba al grupo familiar y respondía por él ante la jurisdicción pública. Los derechos y las obligaciones del jefe pasaban sin solución de continuidad al sucesor... Los acreedores tenían igual acción contra el nuevo jefe que contra el antiguo, porque las deudas eran de la familia y existían en cuanto ésta. Y los derechos de la familia se ejercitaban igual que antes de morir el jefe...»

Habla después de cómo fueron transformándose estas ideas primitivas, de cómo el carácter de la familia se trasmitió por ficción al individuo, y de cómo vino á ser necesaria, con relación á éste, la sucesión universal, la permanencia, la existencia colectiva propia del grupo, no afectada en su posición legal, ni en sus derechos y deberes, por la muerte de la persona. «En Roma, añade luego, era igualmente llano y natural separar el hecho de la muerte y la transmisión de derechos y cargas; el testador vivía en sus herederos. Jurídicamente, sólo había una personalidad; y si el testamento violaba, aun indirectamente, el principio de unión de la existencia actual y de la póstuma, la ley rechazaba este acto defectuoso y daba la herencia á los parientes de sangre, cuya capacidad nacía de la ley misma y no de un documento, quizá mal redactado. Cuando un ciudadano romano moría sin testamento, ó éste era nulo, sus descendientes ó parientes le heredaban en el orden que diremos. La persona ó grupo que le sucedía, no sólo le representaba, sino que, según he expu continuaba su vida civil, su existencia legal. Lo mismo ocu en la sucesión testamentaria; porque la teoría de la identidad difunto y de sus herederos era sin duda más antigua que la

mas del testamento y que las fases de su jurisprudencia respectiva.»

En estas ideas sobre la sucesión universal de la familia y posteriormente de la individual, ideas concebidas y expuestas con tanta claridad por el gran jurisconsulto, encuentra explicación completa aquella necesidad de la institución hereditaria en los testamentos, que llenó la historia del derecho romano y pasó todavía á las Partidas, bien pronto derogadas en ese punto por el *Ordenamiento de Alcalá*.

El testamento se comprendía como un medio de continuar la vida del individuo, en sus derechos y deberes hacia los ciudadanos. Cuando el principal motivo del testamento faltaba, el de designar en él al sucesor, sobre quien debían recaer las facultades y las cargas de la herencia, el testamento no tenía razón de ser alguna. Todo cuanto se contuviera en él, legados, encargos, declaraciones y manifestaciones del testador, era un accesorio de la institución de herencia; faltando lo principal, no podía ser que subsistiese lo accesorio. ... *testamenta vim ex institutione haeredum accipiunt: et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti haeredis institutio.* (§ 34, *Inst. de legatis.*)

Tan importante se consideró la institución de heredero, tan capital, que durante mucho tiempo fué preciso en Roma que figurara á la cabeza de todas las disposiciones testamentarias. «Ni el don de la libertad era válido cuando precedía á aquélla.» Únicamente se hicieron excepciones en beneficio de la desheredación, que se podía colocar delante, para abrir el paso al nombramiento de otro heredero; y en beneficio de las tutelas, por interpretación benigna de los jurisconsultos. Justiniano consideró ya poco conveniente el rigorismo antiguo en esta materia, y vino á autorizar *(Instituta, tít. XX, § 34)* que la institución de heredero se colocara en cualquier parte, antes ó después, ó en medio de los legados.

Como ya hemos dicho, la *ley única del tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá*, que pasó á ser la *1.ª del tít. XVIII, libro X* de la *Novísima Recopilación*, rompió con el antiguo molde de la necesidad de institución hereditaria. Habían ya cambiado suficientemente las ideas jurídicas para que no pudiera verse en el testamento como fin único, y á veces ni como principal, el nom-

bramiento de heredero. El testador puede pensar, para después de su muerte, en disposiciones infinitas sobre su memoria, sobre la suerte de sus hijos, sobre la situación de los no favorecidos por la fortuna en este mundo; disposiciones de gran transcendencia, dignas de toda consideración social y de las que procuran «*el pro del testador*» y el que «*su alma salga de este mundo folgada*», tanto como pudiera procurarlo, y más, en muchas ocasiones, la propia institución de un heredero.

«*E sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntad, et el testamento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas que en él se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno,*» dijo el *Ordenamiento de Alcalá;* con palabras idénticas vino á repetirlo la *Novísima Recopilación;* por varias sentencias del Tribunal Supremo se confirmó después, entre otras, las *de 8 de Junio de 1861* y *31 de Diciembre de 1864;* y así, por fin, se ha declarado en el vigente Código, al disponer que el testamento será válido, aunque no contenga institución de heredero.

Sucesión parte testada y parte intestada.—Otra especialidad del derecho romano en esta materia era la consignada en el principio célebre: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decessere potest.* También este principio nació indudablemente en las ideas de la sucesión universal á que nos hemos referido anteriormente, con la opinión y las palabras de Henry Sumner Maine. De lo que se trataba era de buscar un continuador de toda la personalidad del difunto; la continuación á medias rompía las verdaderas condiciones de la sucesión universal, y no podía, en consecuencia, declararse válida. «*Ius nostrum non patitur eundem in paganis, et testato, et intestato decessise: earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus.*» (*Dig. de reg. jur. ley* 7.)

Sin embargo, los jurisconsultos romanos se inclinaron pronto á la validez de la institución parcial, aunque considerando al heredero como instituido con el conjunto de la herencia. «*Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione*», dice Ulpiano. En este mismo sentido se presó *la ley 14 del título III de la Partida 6.ª*, mandando cuando el heredero fué instituido en una sola cosa de la he cia, reciba todas las demás; que si hay otro heredero á más

indicado, al que no se señaló cosa alguna determinada, sea éste quien reciba todo lo restante; y que si hay dos herederos instituídos, cada uno en una cosa, reciban primeramente ésta y se repartan luego lo demás. Los jurisconsultos han creído, en general, que esta disposición fué tácitamente derogada por la del *Ordenamiento de Alcalá*, como requisito interno del testamento, de los que dicha ley trató de suprimir. Como quiera que sea, en el Código ha desaparecido expresamente, al disponerse en este artículo que la institución de heredero será válida aunque no comprenda la totalidad de los bienes.

Formalismo en la institución hereditaria. – Sabido es también que en Roma, primitivamente, la institución de heredero había de ser hecha con fórmulas solemnes; consecuencia de aquel carácter de ley que allí tenía el testamento. Según Gayo, en tiempo de las XII Tablas, la fórmula de la institución era: *Ticius heres esto,* Ticio sea heredero. En la época de dicho jurisconsulto, existían otras varias fórmulas: *heredem instituo; heredem facio; Titius heres sit; Titium heredem esse volo,* etc. Se caminaba, pues, lentamente, con autorización de la ley ó sin ella, á la supresión de fórmulas, que, al fin, efectivamente fué acordada por una *Constitución del año 339* de nuestra Era. La *ley 6.ª, tit. III, Partida 1.ª* se halla dedicada á confirmar esta denegación, y á establecer que de cualquiera manera que pueda comprenderse la voluntad del testador, la institución es válida, «*porque sospecharon los sabios antiguos que el fazedor del testamento auria dichas todas las palabras que deuen dezir en establecer el heredero, como quier que se non fallen assi escritas.*»

***

Efectos de la incapacidad del heredero ó de la repudiación de la herencia.—Tampoco en Roma subsistían las disposiciones de los testamentos cuando el designado en ellos no aceptaba la herencia ó era incapaz. La institución de heredero quedaba sin efecto, y, por lo tanto, el testamento se hacía ineficaz del mismo modo. Sólo cuando la institución se anulaba por error en la causa, mediante haberse creído que no vivía ya otro heredero á quien se instituyó anteriormente ó el que tenía derecho á suceder *ab-intestato,* los legados y otras disposiciones accesorias, según

recuerda Savigny, seguían siendo válidos; no como regla de derecho ordinaria, sino como acto de alta equidad, según las opiniones de los jurisconsultos.

Las ideas, en este punto, sufrieron también un cambio radical, en armonía con el del carácter de la institución hereditaria; y desde el *Ordenamiento de Alcalá,* habiendo dejado de ser necesaria dicha institución, no pudo afectar al mantenimiento de las demás disposiciones testamentarias, el nombramiento de un heredero incapaz, ó la no aceptación del instituído en condiciones; que es lo que repite el Código en el artículo presente, en forma que no da lugar á duda alguna práctica.

Termina el artículo disponiendo que en todos los casos á que se refiere, de falta de institución hereditaria, total ó parcial, se cumplan las disposiciones hechas con arreglo á las leyes, como venía ya dispuesto en la *Novísima Recopilación*, y el remanente de los bienes pase á los herederos legítimos; al contrario de lo que hemos visto que sucedía en el derecho romano y en las Partidas, cuando el instituído lo era sólo en una parte de la herencia.

También el art. 912 del Código confirma la doctrina, en los números 2.°, 3.° y 4.°, indicando que procede la sucesión legítima cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo ó en parte, ó cuando no se dispone de todos los bienes (en éste solamente respecto de los omitidos); cuando el heredero instituído es incapaz y cuando se repudia la herencia.

Advierte, sin embargo, supliendo la omisión del art. 764, en la que acaso habría algún motivo de dificultades, que para que la sucesión *ab-intestato* tenga lugar como consecuencia de la repudiación del heredero, es necesario que no exista un sustituto nombrado por el testador, ó que no haya lugar al derecho de acrecer. El sustituto es indudable que puede también haberlo en el caso de incapacidad del primeramente designado, aunque el art. 912 no lo dice: el derecho de acrecer se impone igualmente en ese caso de incapacidad, cuando hay otro heredero llamado á la herencia sin designación de partes, según nos enseña, á falta del art. 912, el 982.

Quede, pues, sentado que sólo procede la sucesión legít en el caso de institución parcial del heredero, de renunc incapacidad del mismo, si el testador no se cuidó de designa

sustituto, esto es, de mandar que «*la den o que la aya otro*», y si el derecho de acrecer no puede tener lugar, por falta de las condiciones que se establecen en su respectivo sitio.

ART. 765. Los herederos instituídos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

Concordancias.—Igual al art. 626 del proyecto de 1851 y al 766 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 17, tit. III, Partida 6.ª* Tres o quatro omes estableciendo el testador por sus herederos ayuntadamente, non diziendo quanta parte de la herencia da a cada uno: dezimos, que seran herederos todos egualmente...

COMENTARIO.—Que los herederos nombrados sin designación de partes ó de cuotas entran por partes iguales á la herencia fué siempre regla del Derecho romano y de la legislación patria. «*Heredes iuris*, dice Ulpiano, *successores sunt, et si plures instituantur dividi inter eos á testatore ius oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt (1).*» «Si se instituye á varios herederos, dice la *Instituta*, § *VI del título XIV, lib. II*, el testador sólo necesita hacer designación de partes cuando no quiere que sean herederos con igualdad; porque, de no hacer desiguación, se entiende suficientemente que distribuirán la herencia por iguales partes.» «*Tres ó quatro omes*, repite la *Partida 6.ª, título III, ley 17, estableciendo el testador por sus herederos ayuntadamente, non diziendo quanta parte de la herencia da á cada uno, dezimos que serán herederos todos egualmente.*»

El precepto es, pues, lo demasiado viejo, aparte de su claridad insuperable, para que no necesitáramos hacer indicación alguna, á no relacionarse directamente con el asunto de que ta, las múltiples cuestiones que desde muy antiguo han meido la curiosidad de los tratadistas, con ocasión de las diver-

1) *Dig. Ley 9, § 12, tit. V, lib. XXVIII.*

sas formas en que se puede disponer en testamento de los bienes y derechos hereditarios.

Cuando el heredero es uno solo, no hay dificultad; porque ó se le señala parte, en cuyo caso el resto de la herencia pasará á los sucesores legítimos, según lo dispuesto en el artículo anterior; ó no se le señala, dando á comprender que la voluntad del testador le quiso instituir en todo. Las complicaciones se presentan en el nombramiento de varios herederos; y esto es lo que vamos á estudiar, con cuanta claridad nos sea posible, mediante la reducción de todos los casos á tres grupos:

a) El de que no se designe parte á ningún heredero.

b) El de que se designe á todos, y

c) El de que á unos se designe y á otros no.

En cuanto al primero, no es necesario esfuerzo de imaginación alguno; este es precisamente el caso de la ley, fundado en el criterio de que el testador no se propuso establecer ninguna diferencia en las participaciones de los herederos, y en que el caudal, por consecuencia, se ha de distribuir con igualdad de partes.

Dentro del segundo, de asignación de una cuota determinada para cada heredero, tampoco ofrece dificultad el caso de que se distribuya por completo el caudal: por ejemplo: «A Pedro la mitad de mis bienes, y la otra mitad á Antonio»; cada cual entonces recibirá la porción justa que el testador le ha señalado, puesto que su intención es conocida claramente.

Dificultad primera: que las asignaciones hechas en el testamento no lleguen al total del haber hereditario; ejemplo: «Nombro heredero á Pedro en la mitad, á Juan en la cuarta parte y á Antonio en la octava.» Aquí queda una octava parte del caudal hereditario sin destino fijo: ¿se llamarán proporcionalmente á ella los herederos designados? La Instituta de Justiniano resolvía la dificultad, de acuerdo con las opiniones de los jurisconsultos, haciendo acrecer á cada uno de los herederos en proporción de sus cuotas, la porción vacante. Así también se estableció por las Partidas en la *ley 14* y en la *17 del tit. III, Partida 6ª* Pero ya vimos en el comentario del art. 764 que esta interp tación era dependiente de la necesidad de no morir parte t tado y parte *ab intestato*, necesidad que desapareció en Espa desde la *ley única del título XIX del Ordenamiento de Alc*

La porción vacante en nuestra legislación de hoy pasa á los herederos *ab-intestato* como presunción de que el testador dió á entender su voluntad así, al no ocuparse determinadamente de la herencia.

Dificultad segunda: que el testador haya distribuído entre los herederos mayor número de partes de las que constituyen la unidad. Por ejemplo: «nombro heredero de la mitad á Juan, de otra mitad á Antonio y de una tercera parte á Pedro.» No son ni pueden ser frecuentes estos casos, porque la atención que emplea el testador mientras otorga su última voluntad hace difícil el error; pero tampoco es imposible alguna vez, especialmente en los testamentos ológrafo y cerrado, que el testador redacta por sí mismo, sin intervención de nadie que pueda hacerle una advertencia. ¿Cómo se distribuirá la herencia en ese caso? Las Instituciones de Justiniano, lo mismo que las respuestas de los jurisconsultos, habían decidido la cuestión, *a sensu contrario*, por los principios de la que hemos expuesto anteriormente. Si cuando hay una porción vacante acrece á los herederos, justo es que cuando falta deba decrecer; si instituídos tres herederos en la cuarta parte cada uno, se reparten por igual la que sobra, instituídos cuatro en la tercera parte, es decir, distribuída la herencia en cuatro tercios, el que falta deberá deducirse á proporción de las respectivas cuotas asignadas. La *ley 18, tít. III, Partida 6.ª*, consignó exactamente igual doctrina; y no creemos que podría prosperar otra si la cuestión llegara á los Tribunales, aunque el silencio del Código autorice la duda. La intención del testador es ley; si se equivoca en el número de partes de la herencia, declara, en cambio, la proporción que deba corresponder á cada uno de los herederos; proporción que sólo se puede conservar mediante la aplicación de las expuestas reglas. De no ser así, habría que pensar en la nulidad de la institución; cosa de todo punto absurda, á nuestro juicio.

Por último: puede el testador, como antes indicábamos, señalar la participación de unos herederos y no la de otros, caso que arca dos extremos: el de que con las participaciones señaladas os unos se complete, y el de que no se complete el total de la rencia. Ejemplo del primer extremo: «Nombro heredero á Juan la mitad de mis bienes, á Antonio en otra mitad, y quiero

también que sea mi heredero Dimas.» Ejemplo del segundo: «Nombro heredero de la cuarta parte á Juan, de otra cuarta parte á Pedro, y nombro también heredero á Dimas.»

En este último caso no dudaron nunca los jurisconsultos: Sin gran esfuerzo se comprende que la voluntad del testador fué la de instituir á Dimas en las dos cuartas partes restantes de la herencia, lo mismo que si hubiera dicho: «y en el resto nombro heredero á Dimas». «*... si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fiet*»; decía la Instituta. «*E el otro, quier sea uno o mas, a quien no señale parte, heredará todo lo que fincare de mas de la heredad, e de las mandas e de las debdas.*» dijeron las Partidas, *ley 17, título III, Part. 6.ª* Sin duda alguna, esta disposición se aplicará también por los Tribunales, aun callando el Código, si alguna vez el caso se presenta.

Para el segundo caso, los romanos contaban con el conocido ingeniosísimo sistema de la división en doce partes del caudal hereditario, á que se llamaba *as*. Mientras el testador se contenía dentro de esta división, adjudicando por entero las doce onzas de que el *as* constaba, ó solamente algunas de ellas, no cabía dificultad de ningún género: bastaba entregar á cada uno la cuota señalada cuando todos los herederos tenían asignación de parte, y en caso de no tenerla alguno, adjudicarle la porción restante hasta el total de doce, después de deducidas las que se señalaron fijamente.

Cuando el testador disponía por una parte de todo el *as*, y nombraba además otros herederos, los jurisconsultos entendían que la voluntad testamentaria era dividir el *as* hereditario en número mayor de partes; en vez de las doce de que se componía el *as* simple *(pondius)*, se le formaba con veinticuatro *(dupondius)*. En consecuencia, nombrado Juan en la mitad de la herencia, Antonio en la otra mitad y Dimas sin designación de parte, correspondían al primero seis veinticuatroavas partes, al segundo otras seis, y al tercero el resto hasta completar el *dupondius*. Del mismo modo, en otro caso de igual índole, el de nombrar á Juan en cuatro onzas, á Antonio en otras cuatro y á Dimas ninguna determinada, la división del *as* en veinticuatro pa atribuía doce á Dimas, viniendo á ser medias onzas *(semiun* las que el testador denominaba onzas enteras. Cuando oc

la necesidad de aumentar más la división, podia hacerse un *tripondio,* treinta y seis onzas; ó un múltiplo mayor, hasta la cifra necesaria para abarcar todas las partes hechas de la herencia.

Mazzoni considera, interpretando el Código italiano, cuyos principios no difieren de los del nuestro, que, en este caso, debe continuar vigente la doctrina romana de la división del *as* en onzas. Aquella división, sin embargo, tenía determinados caracteres, históricos y fundamentales, no compatibles con el estado actual de las ideas. Nadie conoce hoy, sino los peritos en derecho, la clasificación romana; nadie dispone de su herencia pensando poco ni mucho en la descomposición de su fortuna en doce partes. El que asigna á un heredero la mitad de sus bienes, á un segundo la otra mitad y ninguna parte fija á un tercero, puede suponerse una de dos cosas: ó que obra con conocimiento, proponiéndose burlar, más bien que favorecer, al tercer heredero, ó que ha sufrido una equivocación. Si es lo primero, la institución hereditaria no puede subsistir, por no haber sido verdadero objeto de la voluntad del testador; si lo segundo, no hay manera de que la institución sea eficaz, sin realizar una reforma, que no admiten la ley ni los principios, en las disposiciones del testamento.

El mismo Mazzoni se hace cargo de una cuestión análoga: la de si habiéndose distribuído la herencia en cuotas (por ejemplo, á Pedro tal finca, á Juan tal otra, etc.), y no quedando bienes suficientes para determinada persona á quien se llamó á heredar sin designación, puede ésta ser ó no investida de la cualidad hereditaria. El caso es exactamente igual, en cuanto á los motivos que producen la cuestión, malicia ó error del testamento; y, sin embargo, el ilustre jurisconsulto no se atreve á declarar el derecho hereditario de la persona colocada en tales circunstancias. Para nosotros, la solución única posible, lo mismo en el segundo caso que en el primero es ésta; recibirán su parte los herederos á quienes se asignó concretamente, pero ninguna puede recibir quien fué nombrado por el testador, sin señalamiento de porción ni cuota.

Resumiendo, por el orden que adoptaba Heinecio para la exición de la doctrina romana de adjudicación de partes de la encia, resulta:

.° Cuando un heredero ha sido instituído sólo en una parte, esto de la herencia pasa á la sucesión *ab-intestato.*

2.° Cuando los herederos son varios y ninguno tiene porción especial determinada, todos heredan por partes iguales.

3.° Cuando se les asigna á todos parte, sin completar las que componen el caudal hereditario, el resto es porción vacante, en la que sucederán los herederos legítimos.

4.° Cuando teniendo todos los herederos partes señaladas, el total de éstas es mayor que el patrimonio hereditario, se disminuirá lo necesario de ellas, á prorrata, hasta suprimir el exceso.

5.° Cuando unos herederos tienen señalada parte y otros no, se adjudicará á éstos lo restante después de satisfecha la participación de los primeros.

6.° Cuando los que tienen partes señaladas asumen la totalidad de la herencia, no heredarán porción alguna los instituídos sin señalamiento especial.

Sólo nos resta tomar en cuenta un caso en que la Corte de Milán sentó doctrina, respecto á la distribución de la herencia entre varios herederos á quienes no se señaló porción alguna, pero sí objetos especiales del caudal. Podemos imaginar el caso en esta forma. Un testador, *A*, nombra herederos á *B* y *C*; en otra cláusula y con la suficiente separación, manifiesta el deseo de que se adjudique á *B* determinada casa, tasada en 100.000 pesetas, y á *C* determinada otra, cuyo valor es de 50.000. ¿Cómo habrá de entenderse la institución? ¿Heredarán por partes iguales el caudal hereditario, entrando en el cómputo del haber de cada uno el justo valor de la finca mandada especialmente, ó heredarán en proporción de lo que valen las fincas respectivas, y por lo tanto, *B* en dos tercios y *C* en uno? La Corte de Milán se decidió á la primera de estas interpretaciones, que, á nuestro juicio, es la más exacta. Salvo que quepa la demostración de la voluntad del testador en sentido contrario, el simple señalamiento de alguna de las cosas en que el haber de cada heredero debe consistir, no implica la proporcionalidad de partes de la herencia.

ART. 766. El heredero voluntario que muere aun que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia, no transmiten ningún derecho

sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.

Concordancias.—Análogo al art. 767 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 35.ª, tit. IX, Partida 6.ª* Cvydando el testador que era biuo algun ome, a quien el fiçiesse manda, si estonce fuesse muerto, non le valdria ni la podria demandar el heredero del. Esso mismo seria, si fuesse biuo quando fiziesse la manda, e se muriesse despues naturalmente, o fuesse desterrado para siempre, en ante que el testador muriesse...

COMENTARIO. — *Transmisión de derechos respecto al instituído que premuere al testador, al incapaz y al que renuncia á la herencia.*—Después de lo que expusimos como comentario del art. 759, sobre transmisión de derechos á los herederos del sucesor condicional, cuando éste deja de existir sin que la condición se haya cumplido, y de lo que, en la explicación del 760, hubimos de exponer también sobre derechos de los herederos del sucesor incapaz, poco tenemos que añadir ahora para la comprensión debida del presente artículo.

En términos generales, la situación del que fallece antes que el testador, la del incapaz y la del que renuncia la herencia para que fué nombrado, equivalen completamente á la del heredero sujeto á condición que muere con anterioridad al cumplimiento de la misma. Todos estos casos suponen la falta, total ó parcial, de adquisición del derecho hereditario por la persona designada en testamento ó llamada legalmente; y, como consecuencia, la imposibilidad de transmitirlo á otras personas en nombre de las mencionadas. Por eso hallábamos justificado que el Código de Méjico, art. 3.450, hubiera comprendido en un solo precepto la disposición, y censurábamos que el nuestro, no sólo la dividiese en dos artículos, sino que la hiciera figurar en dos secciones diferentes.

De querer hallar alguna distinción entre el heredero condicional (art. 759) y el que, por ejemplo, no sobrevive al testador, cuanto á la transmisión de su derecho hereditario, sólo podemos pensar que, en el primero de ambos casos, hay un cierto

modo de adquisición por parte del heredero, aunque provisional y contingente; mientras que en el segundo no se adquiere nada, ni, por lo tanto, se puede transmitir. Pero en el fondo hay paridad completa; uno porque no consiguió ser heredero, y otro porque lo consiguió sujeto á garantías que no se hicieron efectivas, la razón legal para que no transmitan nada á sus respectivos sucesores es la misma: que no lograron adquirir definitivamente su derecho.

En cuanto al que premuere, es indudable que no puede considerarse nunca como heredero, desde el momento en que es principio de la sucesión hereditaria, lo mismo bajo testamento que sin él, que todos los derechos y deberes relativos á la herencia tienen por punto de partida la muerte del causante. Por otra parte, la principal razon del testamento, ó sea, la continuación de la personalidad de un individuo después de su muerte, no cabe que se invoque en beneficio de quien al morir antes que el testador, imposibilitó por completo la realización de aquel propósito. Se nombra, dice Borsari, á un sucesor que *non deve poi fargli la burla di morire prima di lui*. En último lugar, dadas las opiniones que manifestamos en el comentario del art. 745 y en el del 758, el heredero que premuere al testador no tiene capacidad para la herencia, por cuanto no existe en el momento de la apertura de la sucesión.

***

¿No habrá, sin embargo, casos especiales en los que, aun habiendo fallecido el heredero antes que el testador, los derechos de aquél puedan transmitirse á sus sucesores propios, lo mismo, por ejemplo, que si hubiera muerto sin aceptar la sucesión, abierta ya?

Los romanos habían estudiado en gran parte toda esta materia, y, con relación al Rey, decía la *ley 56, lib. XXXI, Digesto, de legatis*, § 2.º: «*Quod Principi relictum est qui antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex Constitutione Divi Antonini successori debetur.*» Pothier encuentra la r
en que el legado se entiende hecho entonces, no á la per
del Rey ó Reina, sino á la entidad Rey, que no muere; y am
el caso á las disposiciones hechas, por ejemplo, á favor del

de tal parroquia, al coronel de tal regimiento, al rector de tal Universidad, etc.

Pero en este razonamiento de Pothier se incurre en una petición de principio; para demostrar que puede ser heredero quien no existe, se toma como base la duración indefinida, esto es, la constante existencia de ciertas personas. Lo que Pothier podría decir, y nada tendríamos nosotros que oponerle, es que, en ciertos casos, aun premuriendo efectivamente la persona nombrada por el testador, cabe demostrar que la voluntad de éste alcanzaba á los herederos del instituído, en cuyas circunstancias, siendo la prueba convincente, la institución debiera prosperar en pro de dichos herederos. Pero aun en este mismo caso, no hay verdadera destrucción de los principios generales; si se concede la herencia á los representantes hereditarios del premuerto, no es ya por transmisión directa de éste, sino por la presunta voluntad del testador, por una especie de sustitución tácita.

Se duda de si pasarán á los herederos del premuerto los legados remuneratorios. Hay algo en la naturaleza de éstos que verdaderamente está adquirido aun antes de otorgarse el testamento, y de ahí puede nacer la dificultad. Pero ó es ó no es legado; si el favorecido tenía algún derecho á reclamar la cantidad ó cosa en que aquél consiste, podrá pasar á sus sucesores, por no deberse considerar como verdadero legado; si sólo estriba en una liberalidad del testador, la regla general no se modifica. Lo mismo sucederá con la confesión de deuda hecha en testamento; ó la deuda puede demostrarse, en cuyo caso el legado es inútil en este concepto, ó no se puede demostrar, ni, por lo tanto, se transmite á los herederos del acreedor.

Del incapaz de suceder, comprendido en este artículo, nada debemos añadir á lo manifestado ya en otras ocasiones. En cuanto al que repudia la herencia, no es necesaria tampoco ninguna explicación, pudiendo sencillamente comprenderse que no llega á ser en realidad heredero, y sabiendo que nadie puede transmitir lo que le corresponde legalmente.

l artículo empieza distinguiendo al heredero voluntario del
oso. Nada transmite á sus sucesores el heredero voluntario
no sobrevive al testador; *a sensu contrario*, el heredero for-
lo transmite. Ninguna novedad ofrece esto. Los hijos, por

ejemplo, del heredero forzoso, en la sucesión del antecesor común, no pueden perder, por muerte de su padre, como no lo pierden por incapacidad, el derecho á suceder en la legítima correspondiente; pero, á no ser por lo dispuesto en este artículo, no se podría defender sino acudiendo á los principios generales del derecho.

Podría ocurrir la duda de si la disposición se refiere lo mismo á los legatarios que á los herederos; porque, en realidad, solamente se habla de los últimos y de manera bien expresa. Pero la analogía es evidente; y los principios en que hemos apoyado el precepto del Código tienen aplicación tan homogénea al legatario y al heredero, que no creemos posible la diferenciación. Antes al contrario, la posición del heredero es mucho más beneficiosa que la del favorecido con una simple manda; y una interpretación que le pusiera en condición más dura que la del legatario, sería absurda enteramente.

Por último, el artículo hace la salvedad de que la disposición ha de entenderse sin perjuicio de lo que ordenan el art. 761 y el 857. En cuanto al primero, ya hemos explicado suficientemente las razones; en cuanto al segundo, las reservamos para su lugar. Sólo llamaremos la atención sobre la anomalía de que, hablando el art. 857 de los desheredados, y no refiriéndose á ellos en nada el 766, el Código estime aquel precepto como derogatorio de éste, acaso por una inadvertencia sufrida al redactarle.

ART. 767. La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria á derecho, a que sea verdadera, se tendrá también por no escr

Concordancias.—Igual al art. 768 del proyecto de 1882

PRECEDENTES LEGALES. — *Ley 20, tit. IX, Partida 6.ª* Falsa ó mentirosa razon diziendo el testador, quando fiziesse la manda, non le empesce, nin se embarga por ella. E esto seria como si dixesse: mando á fulano, ome que me fizo tal honrra, o tal seruicio, tantos marauedis, ó tal cosa. Ca maguer non fuesse verdad que le ouiesse fecho aquella honrra, nin aquel seruicio, non se embargaria la manda por esta razon, ante es tenudo el heredero de la cumplir.

COMENTARIO.—*Causa falsa de la institución de heredero ó de legatario.*—La construcción puramente práctica del derecho romano, hasta las épocas más adelantadas de su desarrollo, tuvo que traducirse muchas veces en reglas incompletas, ó falsas, ó contradictorias. Se hacia la regla con relación al caso, sin generalizar lo suficiente para abarcar en ella nuevas circunstancias de índole quizá distinta; y se incurriría en grave error inevitablemente, cuando la regla había de aplicarse á un caso de otras condiciones. Así nació la célebre contradicción de declararse nulo en el Digesto y válido en las Instituciones el legado de cosa propia en la creencia de ser ajena; fundándose el primero de los textos en que vale más lo que está en la opinión que lo que está en la realidad; y el segundo, en que más vale lo que está en la realidad que lo que está en la opinión. Así también la regla *legato falsa causa non nocet*, de que es reproducción el precepto del presente artículo, tenía base, á nuestro juicio, en una percepción poco completa de las circunstancias, y daba y da lugar á consecuencias poco justas.

«*Neque ex falsa demostratione, neque ex falsa causa legatum infirmatur*», dijo Ulpiano. No haciendo nulo el legado una falsa designación, por ejemplo, «lego á Litica, nacido de mi esclava», sin ser cierto este hecho, «con mayor razón, dice la Instituta, una causa falsa no impide la validez del legado».

Como ni Ulpiano explica su principio, ni la Instituta justifica la mayor razón *(longe manis)* que encuentra para la validez de los legados hechos mediante falsa causa, los comentaristas del derecho romano buscaron una explicación. He aquí la que da Molan: «En cuanto á la indicación de la causa, es decir, del motivo que pudo haber conducido ó determinado al testador á legar, es absolutamente superfluo; el testador no tiene que dar

cuenta á nadie de los motivos que ha tenido para obrar de tal ó cual manera, é importa poco que sean falsos los que ha expresado. La causa que aquí produce el derecho no consiste en tal ó cual motivo que haya podido determinar la intención del testador, sino en su intención de usar de liberalidad. Basta que exista esta intención, y no importa por qué...»

Algunos comentaristas tratan de justificar la regla del derecho romano con otra de la misma procedencia: «*ratio legandi legato non cohaeret*»; la razón de legar no es conexa al legado. Otros, por fin, desde tiempos muy antiguos, equiparan el legado á la ley; y así como la ley se obedece, dicen, aunque el legislador haya expresado una causa falsa, el legado también se debe obedecer.

Los más adelantados, entre los tratadistas, distinguen filosóficamente las diversas causas del nombramiento de heredero, y vienen á decir: cuando la causa es *final*, determinante, probada su falsedad, el legado no puede subsistir; cuando es sólo *impulsiva*, motivo no determinante, su falsedad nada significa.

En resumen, los razonamientos principales para la defensa de esta regla se reducen á dos: 1.°, que la causa de instituir heredero ó de nombrar legatario es independiente de la intención manifestada; 2.°, que sólo aquellas causas que determinan al testador á obrar, sin cuyo concurso no se hubiera hecho la institución ó el legado, vician de nulidad la disposición, en caso de ser falsas. A estas razones parece haberse sujetado por completo el Código, en este art. 767, al disponer, en general, que se considerará como no escrita la expresión de una causa falsa de la institución del heredero ó del nombramiento del legatario, y al establecer luego la excepción del caso en que se pruebe que, á haber tenido el testador conocimiento de la falsedad, no habría hecho tal institución ó legado.

***

Sentimos manifestar en este punto un juicio muy distinto del aceptado por la unanimidad de los autores y por la mayoría de los Códigos; pero los argumentos de la disposición no nos tisfacen.

Claro es que el testador no necesita manifestar la caus sus disposiciones, pero de aquí ¿qué se deduce? Tampoco n

sita imponer una condición al heredero, pero ¿no podrá imponerla? La voluntad se expresa pura y simplemente, ó con sujeción á causas, á condiciones y á deseos. Si la condición fijada al heredero ha de cumplirse, porque el testador sujeta á ella la institución hereditaria, ¿no debe de igual manera respetarse la causa de dicho nombramiento, como una sujeción que á sí mismo se impuso el dueño de la herencia? Cuando no manifiesta la causa, nada hay que oponerle; pero cuando la manifiesta, ha de escuchársele.

Se dice que la causa del legado no es conexa con el legado mismo (nos referimos indistintamente al nombramiento de heredero ó de legatario). Pero ¿cómo no ha de ser conexa en este caso, en que el testador pudo tener múltiples motivos para la liberalidad? Cuando se expresa terminantemente, para que no quepa duda alguna del sentido de la disposición, uniendo, por lo tanto, ésta con la causa, inseparablemente, ¿de qué manera se concibe que deba considerárselas enteramente extrañas una y otra, sin influirse mutuamente en nada y para nada?

Afortunadamente, los mismos sostenedores de esta opinión nos dan después el argumento más seguro en contra de ella: el de que cuando la causa de la disposición es determinante, probada su falsedad, el nombramiento se hace nulo. Por consecuencia, la causa tiene conexión con el legado, al menos en un extremo de la alternativa, el de que determine al testador á hacerle; y aquí llegada la dificultad, ya todo viene á reducirse á examinar la procedencia de la distinción de causas; á saber si, en efecto, el testador se puede hallar en varias posiciones con relación á ellas, y á determinar prácticamente las consecuencias que han de producir. Esto nos obliga á hacernos cargo, al mismo tiempo, de la regla y de la excepción establecidas en el primero de los párrafos del art. 767.

A nuestro parecer, y en general, no hay modo de distinguir las causas en impulsivas y determinantes, en el terreno de la práctica de la ordenación de un testamento.

La *Instituta* de Justiniano imagina las determinantes como especie de cuasi condiciones: «la razón de ley sería distinta, si la causa fuera expresada á modo de condición *(conditionaliter)*; por ejemplo: lego tal fundo á Ticio si ha cuidado de mis ocios.» Pero en este ejemplo, y en este modo de concebir la

diferencia, se incurre en el error de no tener en cuenta que se viene hablando de la falsedad de la causa; porque si el testador no la asegura, si se limita á disponer para el supuesto de que se pruebe ser exacto que Ticio, por ejemplo, cuidó de sus negocios, ¿cómo se puede hablar de falsedad? Para que quepa la posibilidad de que la causa sea falsa, es menester que se consigne ésta sin vacilación (aparte de que en el ejemplo de la *Instituta* no es muy fácil saber si es condición ó causa lo que el testador agrega al nombramiento); que se la exprese de un modo afirmativo; que, con cualquiera de los varios giros gramaticales que cabe imaginar, se manifieste hacer la institución de heredero ó el nombramiento de legatario «por tal causa», «á consecuencia de tal cosa», «en atención á tal razón», etc., y siempre tomando por base algún motivo que el testador suponga que existe ó ha existido.

Ahora bien: ¿cómo y con qué criterio se demostrará que cierta causa es impulsiva solamente, uno de tantos motivos, ó que es determinante, *única,* como dice el Código italiano? Valgámonos de un ejemplo: «nombro heredero á Pedro en atención á los auxilios que me prestó para determinada empresa.» Si esta causa resulta falsa y el testador no ha indicado otra (porque si indica otra verdadera, huelga la cuestión), ¿de qué medios nos podremos servir para diferenciar el carácter determinante ó meramente impulsivo de la misma? Si el testador le ha instituído, según su propia indicación, por los auxilios que le había prestado, es que no pensaba al instituirle en ningún otro motivo; tuviéralos ó no los tuviera, bien claro resulta de la disposición que hubo determinada causa que le decidía al otorgar su testamento. Cualquier ejemplo que se ponga nos conducirá al mismo resultado; al de que, en realidad, todas las causas son determinantes, cuando se invocan en el testamento como apoyo de la designación hereditaria. Por consecuencia, siempre que resulten falsas, deben llevar consigo la nulidad de la disposición.

Al fin y al cabo, á esto se viene á parar con la disposición del Código, pero por caminos extraviados, con una inversión de términos completa. La institución y el legado son nulos cuando el mismo testamento se demuestra que, á haber conocido el testador la falsedad de la causa, hubiera obrado de otro modo. de dos: ó en el testamento se hace indicación de otros mo-

para la institución ó legado, y entonces, naturalmente, no se puede hablar de la falsedad de *la causa*, ó cualquiera que sea la que se ha expresado, debe estimarse como decisiva de la intención del testador.

Resulta, en conclusión, que cuando se ha manifestado una sola causa, y es errónea, el legado no puede subsistir; y es lástima que el Código, teniendo seguramente este pensamiento, haya dejado abiertos los caminos á innumerables discusiones jurídicas, y hasta autorizado la arbitrariedad del juzgador alterando la regla lógica y procesal de que la prueba corresponde al que afirma, para obligar en este caso á la demostración al que niega; esto es, al que sostiene que el testador *no hubiera hecho* el nombramiento de heredero ó legatario, de conocer la falsedad de la causa.

* * *

Conocimiento de la falsedad de la causa en la institución hereditaria ó de legado.—Sólo queda la dificultad del caso en que el testador obre con conocimiento de la falsedad de la causa; cosa que, por no conducir á nada práctico, ocurrirá muy rara vez. Como de suceder así realmente, no habría fundamento para anular la institución, porque sería cuando mucho una institución caprichosa que no cabe impedir, nosotros redactaríamos el artículo del Código, como resumen de todo lo expuesto, en una forma parecida á ésta: «La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento de legatario anula la disposición, á menos que se pruebe que el testador obró á sabiendas de la falsedad de la causa.»

* * *

Causa contraria á derecho en la institución.—Por último, habla el artículo, en su segundo párrafo, de la expresión de causas contrarias á derecho. Podría decir también contrarias á la moral y á las buenas costumbres. Pothier consideraba estos legados nulos, citando como ejemplos de dichas causas las siguientes: «porque se ha batido en duelo»; «porque me ha servido en mis placeres». El Código, con muy buen acuerdo, los considera válidos, porque la intención del testador se sobrepone aquí á

la causa. Una causa inmoral no puede servir para imponer obligaciones (art. 1.275); pero tampoco para impedir propósitos honrados. Aquí el fin justifica, en cierto modo, los medios.

Sólo una cosa debemos anotar: el inciso «*aunque sea verdadera*» que emplea el Código. Precisamente cuando sea verdadera es cuando se tendrá por escrita; siendo falsa, habrá de someterse necesariamente á las condiciones de toda condición de ese género. Por lo tanto, si uno dispusiera de sus bienes en favor de X, «por ser regicida», no sería obstáculo la realidad de la causa para que la institución subsistiese; pero lo sería su falsedad, con arreglo al párrafo anterior, cuando pudiera demostrarse que el testador lo instituyó determinadamente por ese motivo.

ART. 768. El heredero instituído en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

Concordancias.—Igual al art. 628 del proyecto de 1851 y al 769 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 14, tit. III, Part. 6.ª*—En vna cosa señalada, assi como en viña o en otra cosa qualquier, estableciendo vn ome a otro por su heredero, si en este mismo testamento o en otro que fiziesse despues el testador, non fallasen que el ouiesse otro establescido por su heredero, este atal deue auer todos los bienes del testador: maguer fuesse establescido en vna cosa señalada tan solamente... E si por ventura el testador fiziesse despues otro heredero, *estonce aquel que diximos de suso que era establescido en la cosa señalada deue auer essa tan solamente...*

COMENTARIO.—*Institución en cosa cierta.*—Ya en el art. 660 tuvimos ocasión de distinguir fundamentalmente los conceptos de heredero y de legatario. Título universal, el que domina adquisición de las herencias, esto es, comprensivo de todos bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se tinguen por su muerte; título particular, el del legado, esto

no comprensivo más que de la cosa, del derecho, del crédito, de la deuda, de la cantidad á metálico que determinadamente constituye la voluntad del testador.

En teoría esto es muy sencillo, y se relaciona también con otro punto de fácil comprensión: el de la continuidad de la persona del difunto en la del heredero. La herencia supone transmisión de personalidad, en los derechos que se adquieren y en las obligaciones que se contraen por el llamado á ella; el legado no implica ninguna clase de continuación, sino en el exclusivo dominio de la cosa legada. Por el mismo motivo, el heredero es responsable de las obligaciones del difunto hasta con sus propios bienes; el legatario no responde directamente sino por la misma cosa que fué objeto de la liberalidad del testador, y sólo en el supuesto de que se le haya hecho anticipadamente la adjudicación de su legado.

Todo esto, repetimos, que es muy sencillo en teoría, es en la práctica, no obstante, difícil de apreciar, merced á las diversidades de pensamiento y de expresión que pueden afectar las cláusulas testamentarias. Ocurre con frecuencia el caso de equivocar el testador las denominaciones, llamando heredero al legatario, ó viceversa; y cuando esto suceda, lo mismo que cuando se complican los caracteres de la designación, por no emplearse fórmulas precisas, ó ser éstas contrarias á otras que se usaron en el testamento, pueden surgir dudas de mucha gravedad, que no se resuelven ciertamente con la definición del heredero y del legatario que dá el art. 660.

La disposición del 768, aun no abarcando muchas de las especialidades de la práctica, tiene ya alguna precisión mayor, y en todo caso, implica definidamente dos reglas de importancia para resolución de las cuestiones: 1.ª, que la diferencia entre los herederos y los legatarios consiste en ser ó no nombrados con designación de una cosa cierta y determinada que deben recibir de la herencia; 2.ª, que no importa la denominación que el testador haya empleado, para que la persona sea considerada como heredera ó legataria, según la naturaleza propia de la disposición hecha á favor suyo. Dedúcese esta regla de que si el heredero instituido en una cosa cierta y determinada se considera como legatario, el legatario á quien se instituye en la universalidad de la herencia, como en este ejemplo: «lego á Fulano el total de

mis bienes, derechos y acciones, hasta donde la ley me lo permite», debe lógicamente, *a sensu contrario*, ser investido de las condiciones de heredero en lo adverso y en lo favorable.

Pero si no cabe ninguna duda de que nombrando el testador á alguien para que reciba de la herencia una cosa cierta y determinada, individual, expresa, independiente de todas las demás, como, por ejemplo, una casa, la disposición es un legado, y que, cuando le instituye en todos los bienes, acciones y derechos, es una herencia, cabe dudar de ciertos modos de expresarse, en que la institución no es por extremo amplia ni por extremo limitada, y en que la voluntad del testador se puede interpretar de ambas maneras.

Borsari estudia varias fórmulas de las infinitas que se prestan á la discusión. «Lego todos mis muebles é inmuebles», «Instituyo en el remanente de mis bienes», «Nombro heredero de la parte de libre disposición», «Quiero que el resto de mis bienes se distribuya entre los legatarios», etc. Cada una de estas fórmulas envuelve una complicación distinta que no creemos oportuno examinar en sus detalles, por lo mismo que la presentación de cada caso práctico supone distintas circunstancias de hecho, aun siendo igual la fórmula, y exige también distinta decisión.

En la imposibilidad de dictar reglas bastante comprensivas, es necesario que abandonemos la cuestión á los principios generales de la sucesión hereditaria, y á la determinación, en cada caso, de la intención del testador, interpretando unas por otras las cláusulas de su última voluntad. Una cuestión de hecho puramente, encomendada al libre arbitrio de los Tribunales, y en la que habrán de entrar al mismo tiempo la interpretación gramatical de la disposición testamentaria, el estado de ánimo del disponente, su relación de amistad ó parentesco con la persona á quien designa, el sentido general del testamento, deducido del conjunto de sus cláusulas, etc., etc.

Cuando de todos estos datos aparezca que el testador tuvo el propósito de que le sirviera de continuador, especialmente en lo moral, una persona, esta persona es heredera, aunque se le designara sólo para percibir una pequeña parte. No se resuelv problema con llamar á la herencia universalidad, puesto qu puede recibir todos los bienes y derechos sin dejar de ser l tario, y se puede ser heredero sin recibir ninguno. Tampoc

resuelve hablando de la «*unidad colectiva del patrimonio*» en los herederos y no en los legatarios, porque esa es una frase vacía de sentido prácticamente. Con la regla del art. 768, como hemos visto, no se despeja la cuestión sino de una manera incompleta; más que una regla, es un auxilio, un dato.

Yendo hasta la intención del testador por el camino que se abre en la interpretación gramatical, llegando á conocer el grado de fortaleza con que enlazó consigo propio mediante el testamento á la persona de cuya condición se duda para que continuara su personalidad; sabiendo, en fin, si el testador consideraba á esta persona, al llamarla á la herencia de una ú otra manera, como la más encadenada á él, como la más apta para disfrutar los beneficios y afrontar las responsabilidades de su representación después de muerto, es como podrán formarse juicios prácticos y dar á la justicia su tributo, cuando las dificultades vayan á parar á manos de los Tribunales.

ART. 769. Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijese: »Instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.», los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

Concordancias.—Igual al art. 770 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Todo lo relativo á la institución de herederos se resiente en el Código de cierto casuismo, acaso no inconveniente, pero que reduce á estrechos límites la tarea del comentista. El art. 769 es, en realidad, un verdadero comentario; la aplicación de un caso dudoso de la naturaleza que expusimos al art. 765, producto de las diversas formas con que los testadores pueden manifestar su voluntad en la designación de partes

de los herederos. De intento, en la explicación de aquel artículo, hicimos omisión de la dificultad que habíamos de estudiar en el presente, según vamos á hacer, con la brevedad que corresponde.

En primer lugar, debemos advertir que el criterio del Código, en el caso á que este artículo se refiere, es contrario del que se tuvo en Roma, del que los tratadistas han expuesto siempre, y del que todavía autores muy ilustres sostienen en nuestro mismo tiempo. Sólo es igual al mantenido por el Código portugués en su art. 1.797, y por el Código mejicano en el 3.504, de donde seguramente se ha tomado la disposición.

La regla romana se hallaba contenida en la *ley 34, de legatis, libro 30 del Digesto;* y dice así: «*Si coniuncti disiunctive conmixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur*», esto es, si se mezclan los nombrados conjuntamente con los disjuntos, entiéndese que los primeros constituyen una persona. Heinecio insiste en esta regla, y pone por ejemplo la siguiente fórmula de institución testamentaria: «*sea heredero Primus, sean herederos Secundus y Tertius, sean herederos Cuartus, Quintus y Sextus.*» En este caso, se dividirá la herencia en tres partes: *Primus*, llevará un tercio; *Secundus* y *Tertius*, como si fueran una persona sola, otro tercio; *Quartus*, *Quintus* y *Sextus* heredarán el restante, y se le distribuirán naturalmente entre ellos con igualdad.

Pero nuestro Código se ha separado de esta doctrina, y en el ejemplo que el mismo presenta: «*Instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.*», la herencia no se hará tres partes como en Roma, adjudicando una de ellas á los hijos de N., sino tantas partes como sea el número de éstos. Suponiendo que los hijos de N. sean dos, la herencia se dividirá en cuatro porciones.

Nosotros, en realidad, no estamos conformes ni con la doctrina romana ni con la nueva; lo mismo una que otra pecan de decidirse á los extremos, sin tener en cuenta las particulares circunstancias que pueden hacer variar los casos. En el ejemplo del Código, es indudable que el testador se proponía considerar individualmente á los hijos de N., y que los llamaba así á la herencia para evitar la designación uno por uno, y acaso por no conocer sus respectivos nombres.

Pero pongamos otro ejemplo: «Nombro por herederos, en primer lugar, á mi hermano Antonio, y en segundo lugar á los hijos de mi difunto hermano Juan.» ¿Qué duda hay de que, en este caso, que se puede variar cuanto se quiera, el pensamiento del testador fué considerar colectivamente á los hijos de Juan, como representando al hermano difunto, y que, por consecuencia, la disposición del Código envuelve una injusticia?

Cierto es que el artículo termina por una destrucción parcial de este criterio, exceptuando de él el caso de que resulte claramente haber sido otra la voluntad del testador. Pero este adverbio «*claramente*» tanto significa como constar de una manera expresa ó poco menos; de una manera que no permita duda. Porque, en primer lugar, cuando se exige que conste «*claramente*», se pone una limitación en el arbitrio de los Tribunales para interpretar las cláusulas dudosas, por todos los medios de derecho; bastando que efectivamente la disposición ofrezca duda, dadas las palabras con que se expresó, para que la discusión judicial no sea posible. En segundo lugar, si para conocer la voluntad del testador pudiera acudirse á los elementos de prueba ordinarios, y en todo caso de dificultad cupiese discusión, holgaban, no sólo la regla que se sienta, sino hasta el artículo mismo; puesto que ya se sabe que la intención testamentaria es decisiva cuando la ley no la prohíbe. Por último, de permitirse el libre arbitrio judicial, y de quererse al mismo tiempo hacer difícil la injusticia, bastaba que el legislador se hubiera expresado en esta forma: «Cuando se nombra á unos herederos colectiva y á otros individualmente, dentro del mismo testamento, se atenderá á la voluntad del testador, interpretada por todos los medios del derecho, para decidir si los nombrados colectivamente han de considerarse como un solo heredero ó como varios.»

Resulta, por lo tanto, que solamente cuando aparece con toda claridad la voluntad del testador de que se consideren como un solo heredero los designados colectivamente, tendrá valor la oración final del artículo. A falta de esa claridad, y por lo tanto, caso de duda, prosperará la regla, en contra, á nuestro jui- , y por las consideraciones antes hechas, de las exigencias asunto.

Acaso se ha tratado de evitar cuestiones judiciales, verdadenente muy temibles; pero esto nunca es argumento de gran

fuerza, sino cuando la ley puede establecer alguna presunción, con mucha generalidad. Cuando, como ocurre ahora, los casos en que la intención del testador fué la de llamar individualmente á los que nombra en conjunto, no son más ni menos fáciles que los en que sucede lo contrario, creemos que el legislador no tiene derecho para mostrar sus simpatías por una solución con preferencia á otra.

ART. 770. Si el testador instituye á sus hermanos, y los tiene carnales y de padre ó madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado.

Concordancias.—Igual al art. 771 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 771. Cuando el testador llame á la sucesión, á una persona y á sus hijos, se entenderán todos instituídos simultánea y no sucesivamente.

Concordancias.—Igual al art. 772 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 770 Y 771.—Sigue en estos artículos el casuismo que anotábamos en el anterior á ellos. Refiérense también á dos maneras especiales de manifestar la voluntad testamentaria, á dos motivos prácticos de dificultad que no creemos tampoco inconveniente que hayan merecido la atención del Código. Los principios de la codificación han reducido extraordinariamente el campo de los legisladores, para atender detalles de la vida jurídica expuestos á la diferencia opiniones y á la lucha de intereses; pero, aunque en este tido el Código se aparta del rigor científico, reporta, en cam utilidad considerable práctica, que no podemos desdeñar.

Las dos disposiciones que comentamos tienen su origen en el Código de Portugal, artículos 1.798 y 1.799; de allí pasaron al de Méjico, artículos 3.505 y 3.506; y últimamente al nuestro, casi con las mismas palabras. Ni el francés ni el italiano tienen disposiciones semejantes, ni los tratadistas se hacen cargo de las dificultades á que se atiende en ellas.

***

Institución hereditaria á favor de hermanos.—Realmente, la primera, con que se acude al caso de que, teniendo el testador varios hermanos, unos de doble vínculo y otros de sencillo, los instituya en general á todos, da solución á un problema que, en ausencia de otras demostraciones, sería muy difícil decidir por presunción de la voluntad del testador. En este sentido, aunque el caso no puede presentarse con frecuencia, el precepto es útil y merece plácemes.

Á primera vista, si se examina la cuestión, delante de una cláusula en que se instituye á los hermanos, sin establecer ninguna diferencia entre ellos, parece lógico que la participación hereditaria tampoco sufra distinciones. El testador no las ha hecho; es, por otra parte, bien probable que la comunidad de vida de los hermanos, la igualdad de afectos é intereses, hubiera borrado en el entendimiento del testador toda diferencia en cuanto al vínculo que le unía á unos y otros de los instituídos. Sobre esta base, todos debieran heredar por partes iguales, interpretando rectamente la voluntad testamentaria.

Pero, examinando cuidadosamente la cuestión, ábrense nuevos horizontes. Pronto se observa que la legislación, para todos los efectos, distingue siempre los hermanos carnales y los de vínculo sencillo, cuando se refiere á derechos comunes á todos. Por otra parte, aunque pudiera haber realmente entre el testador y sus hermanos completa compenetración de ideas y de afectos, el lazo de la doble sangre cría en el corazón de las personas, la mayoría de las veces, raíces de cariño no igualables por la fraternidad á medias, y contra las que no se puede ir en presun-
ción de ley. Ésta no se opondrá á que manifieste el testador, si
así siente y quiere, la igualdad que encuentra en sus herma-
nos de distintos vínculos; pero no puede presumir, cuando ha de
llenar vacíos de expresión, que mida por igual rasero lo que la

naturaleza y las ideas de la sociedad hacen diferente. Así mirada la cuestión, el Código nos parece justo, trayendo los criterios de la sucesión *ab-intestato* á la testamentaria, y concediendo á los hermanos carnales en concurrencia con los de sencillo vínculo, una participación doble que á éstos, según dispone el art. 949.

***

Institución hereditaria á favor de una persona y de sus hijos.—La segunda de las disposiciones comprendidas en la materia de este comentario, con parecernos también justa, no tiene la importancia que la examinada más arriba. Cuando la institución consiste en designar al mismo tiempo á una persona y á sus hijos, parécenos que violentaría la interpretación gramatical quien pretendiese que la herencia debe corresponder primeramente al padre, y sólo después de su muerte á los hijos. O esto se había de conseguir obligando al padre á no vender los bienes, y sustituyendo, en consecuencia, la calidad de usufructuario á la de heredero; ó se caía en posibilidad de que los bienes no llegaran á ser heredados por sus hijos. Aparte de lo cual, teniendo el testador el medio de la sustitución fideicomisaria para demostrar que su intención era la de que heredara el padre en primer término, y sucesivamente los hijos, y no habiendo hecho uso de él, se empeñaría temerariamente en una discusión, á nuestro parecer, infructuosa, quien combatiera la simultaneidad. En resumen, la doctrina de los Tribunales debería necesariamente ser la misma que en el Código se expone, aun sin declaración alguna de éste.

Sólo nos resta hacer notar que, en estos dos artículos, á diferencia del 769, no se hace la excepción para el supuesto de que resulte claramente que la voluntad del testador fué otra. ¿Por qué esta distinción? ¿Será que, en este caso, aunque constara claramente dicha voluntad, prevalecería el criterio de la ley? La conclusión resultaría absurda, teniendo en cuenta que el legislador carece de interés en que se favorezca á unos ó á otros, en una ú otra proporción, cuando ninguno es incapaz de recibir hereditariamente, ni el testador lo es de disponer en favor suyo. De cualquiera manera que la cuestión se mire, la voluntad del testador, cuando aparece claramente, es superior á los motivos de la ley; la adición del art. 769, lo mismo que sucede,

no resolvería nada práctico; y en otro aspecto contribuiría á hacer dudosa la posibilidad de un Tribunal para fallar en contra de las reglas, por el imperio de la voluntad del testador tácita ó expresamente manifestada.

ART. 772. El testador designará al heredero por su nombre y apellido; y cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituído.

Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituído, valdrá la institución.

Concordancias.—Igual al art. 773 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 6.ª, tit. III, Partida 6.ª* Ciertamente deue el fazedor del testamento nombrar aquel que quiere establescer por su heredero, diziendo: fulano quiero que sea mio heredero, nombrándolo por su nome, que sea heredero en todo ó en parte: como el testador touiere por bien.

Ley 10.ª, tit. III, Partida 6.ª—Dos amigos auiendo el testador que ouiessen vn mismo nome, si quisiesse establescer alguno dellos por heredero suyo, de tal manera deue nombrar e señalar aquel a quien quiere dexar lo suyo, por su nome, o de su padre, o por otras señales, que pueda ser sabido ciertamente, quien es aquel que dexa por su heredero...

ART. 773. El error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

Si entre personas del mismo nombre y apellido hay

igualdad de circunstancias, y éstas son tales que no permiten distinguir al instituído, ninguno será heredero.

Concordancias.—Igual al art. 774 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 13ª, tit. III, Partida 6.ª* ... Otrosi dezimos, que seyendo cierto el fazedor del testamento qual es aquel que establesce por su heredero, o a quien manda algo en el testamento: maguer errasse en el nome, o en el sobrenome del, valdria lo que assi ordenasse o mandasse. Ca por tal yerro como este non se tuelle la verdad, pues que cierto es de la persona de aquel a quien faze la manda, o dexa por su heredero.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 772 Y 773.—*Determinación de la persona del heredero.*—La condición más indispensable para que la institución del heredero ó el nombramiento del legatario (porque á ambos se refieren estos dos artículos sin duda alguna, á pesar de que mencionan al heredero solamente), pueda cumplirse como desea el testador, es que se conozca la persona á quien trató de referirse. De aquí que nuestro Código, siguiendo á sus modelos extranjeros, y á la misma *ley 6.ª, tit. III, Partida 6.ª*, que se expresaba así también, empieza por disponer que el testador debe expresar el nombre y apellidos del heredero, y cuando haya dos que los tengan iguales, señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituído.

Mas para decir en el siguiente párrafo del art. 772 que la omisión del nombre del heredero (es de suponer que también la del apellido) no quita validez á la institución, si lo designa de otro modo que no permita dudas, no hacía mucha falta la disposición del párrafo inicial. Inseguridad más evidente que la de ordenar en primer término que se designe á la persona por su nombre y apellido, y manifestar en el renglón siguiente que es innecesaria la designación en esa forma, parécenos que no puede encontrarse.

La verdadera doctrina, efectivamente, es la del segundo rráfo del art. 772: que el heredero debe ser designado por el tador, pero en cualquiera forma con que se aclare la volur testamentaria. El nombre, decían las Instituciones de Just

no, de acuerdo ya con la opinión unánime de los jurisconsultos del siglo de oro, importa poco, con tal que la persona sea real y efectiva. El Código ha podido, por lo tanto, limitarse á repetir este principio, y algo hubiera ganado su expresión, en elegancia al menos.

Basta, pues, con que el testador designe á su heredero por una circunstancia cualquiera, el parentesco, la profesión, el cargo y otras señales, para que la institución se considere válida, con tal de que la duda no sea posible. No necesita decir el nombre de ellos cuando instituyó á sus hermanos, ni ofrece duda la designación; lo mismo puede instituir, sin indicar su nombre, al rector de determinada Universidad; puede bastar, en fin, con una institución hecha en esta forma: «que sea mi heredero el pobre que pide limosna por las tardes junto á la puerta de mi casa». «*Si quis nomen hoeredis*, dice el Digesto, *quidem non dixerit, sed indubilitabili signo eum demostraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio.*»

En este trozo del Digesto va comprendida una especialidad de la legislación romana, que se copió después de las Partidas, sobre designaciones afrentosas del heredero ó legatario. Todos los signos valen para indicar á éste, menos los que se usan *causa contumeliae*. Así, según los ejemplos de las Partidas, cuando dijera el testador: «nombro por mi heredero á Fulano, que fué condenado por traición, ó que es hereje,» ú otra demostración cualquiera que le infamara ó deshonrase, la institución era nula. Valía, á pesar de eso, cuando el testador dijera solamente: «nombro heredero á Fulano, aunque sé que es malo», ó «nombro heredero á aquel maldito hijo mio, aunque nunca me hizo servicio que lo mereciera». La razón de la diferencia es que, en los primeros casos, hay intención de ofender, lo cual es contrario á la benevolencia esencial de la institución hereditaria, y en el segundo falta esa intención. Según los comentaristas, estaban prohibidas sólo las maldiciones especiales, no las generales. En la legislación moderna, cualquiera que sea el modo de designar al heredero (con alabanzas ó censuras), la voluntad del testador se considera modificada por ello, y la disposición subsiste enteramente.

* * *

Error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero.— Siguiendo la doctrina de que basta con que se conozca la voluntad testamentaria, el Código consigna en el art. 773 la disposición de que no afecta á la validez del nombramiento el error en el nombre, en el apellido ó en las cualidades de la persona designada. Justo es advertir aquí que, en el art. 836 del Código italiano, esta disposición se halla expresada en la siguiente forma: «si la persona del heredero ó legatario ha sido *indicada erróneamente...*» Es decir, que no sólo se habla del error en el nombre, apellido ó cualidades, sino en cualquiera otra indicación con que se designara al heredero; lo cual, aunque también se deba deducir así de nuestro art. 773, considerando como cualidades las infinitas circunstancias que pueden figurar en la designación, es indudablemente más preciso, y evita toda duda.

Ahora bien: para que la indicación errónea no vicie la disposición, es necesario que pueda *saberse ciertamente de otra manera* cuál sea la persona nombrada. En este punto, se rompe con la doctrina, aplicada en el art. 767, de que la prueba de la intención del testador se debe hacer con elementos del testamento mismo. Y es tan completo el rompimiento, que ni siquiera se limita la demostración á otros documentos ó actos auténticos, como hace el antes indicado artículo del Código italiano, sino que se permite toda prueba, proceda de donde procediere. Los jurisconsultos franceses, en el silencio de su Código acerca de este punto, sostienen, por lo general, que aportar pruebas extrañas al testamento es sustituir con otra la voluntad manifestada en éste; pero se comprende desde luégo que este argumento es aplicable á todo menos á la determinación de la persona erróneamente señalada por el testador, que rara vez podrá hacerse con datos del mismo testamento. Convencidos de esta verdad, los Tribunales franceses han ido admitiendo la prueba de testigos, que se considera ya con fuerza de costumbre y como tal se acepta y respeta.

***

El Tribunal Supremo ha colaborado también con su elo doctrina en la labor de interpretar acertadamente el art. 773 comentamos.

Su sentencia de 21 de Enero de 1895 es tan justa, se in

en un criterio tan expansivo, tan lógico y, sobre todo, tan amoldado á la realidad de la vida jurídica, que no podemos menos de insertar en este lugar un breve resumen del hecho y los fundamentos íntegros en que el aludido Tribunal basó su decisión.

El hecho fué el siguiente:

Un testador instituyó por heredero á una persona, á la que impuso la obligación de fundar en determinado punto una Escuela de Artes liberales y Oficios; y para el caso de fallecimiento ó no aceptación del instituído, nombró como heredero ó sustituto universal, bajo las mismas condiciones, á la persona que en tiempo fuese Director de la Real Sociedad Económica de Amigos del País.

Según las Ordenanzas de la Sociedad, ésta tenía dos Directores, uno nato, el Capitán general de Cuba, y otro efectivo, hasta el año 1886, en que el Jefe de la Junta de gobierno, con el nombre de Presidente, adquirió las atribuciones propias del antiguo Director.

Renunciada la herencia por el instituído y aceptada á beneficio de inventario por el sustituto, ó sea el Presidente de la Sociedad Económica de la Habana, una hermana del causante promovió juicio ordinario solicitando se declarase nula la sustitución hecha por aquél, por no existir el cargo de Director de la Sociedad Económica y resultar incierta la persona del sustituto; y que habiendo renunciado el instituído, procedía declarar el fallecimiento sin heredero de su hermano, y abrir la sucesión intestada, al efecto de determinar quiénes fuesen sus sucesores; y si á eso no hubiere lugar, resolver que la Sociedad Económica no era la designada por el testador para sustituir al instituído, sino la persona misma del que desempeñaba el cargo de Presidente, de renunciar la herencia el nombrado en primer lugar.

Dictada en ambas instancias sentencia denegatoria de la demanda, fué interpuesto recurso de casación; el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo, estableciendo, *como puntos doctrinales,* los siguientes:

«De la verdadera inteligencia de las cláusulas del testamento le hace referencia el actual litigio, examinadas y apreciadas 'adamente y en conjunto con las demás, y del espíritu que inna el testamento, en el que prevalece como pensamiento cal el establecimiento ó creación de una Escuela de Artes libe-

rales y Oficios, se deduce que la intención del testador fué nombrar por su heredero sustituto á la persona que estuviese al frente de la Real Sociedad Económica de Amigos del País, de la Habana.»

«No obsta ni se opone á la substitución indicada que el testador usase la frase «*Director*» con que ha sido conocido el Jefe de la Sociedad desde 1792 á 1886, en que, reformados los Estatutos, se cambió el nombre de «Director» por el de «Presidente»: porque con posterioridad á la última fecha se han dirigido comunicaciones oficiales y particulares al «Presidente» con la denominación de «Director», sin que haya surgido dificultad alguna; porque ambos cargos, sin otra diferencia que la de nombre, han ejercido y ejercen funciones idénticas, y uno y otro presuponen y determinan la existencia real y positiva de una persona cierta y no ignorada, que es lo que requieren los artículos 772 y 773 del Código civil para la validez del nombramiento de heredero, y porque el error ó equivocación al designar el cargo sería, en todo caso, meramente accidental, y no afecta en lo esencial á la personalidad conocida del heredero sustituto ni á la virtualidad y eficacia legal de la sustitución.»

«Por tanto, al renunciar la herencia el instituido en primer término, recayó la cualidad de heredero en el Presidente efectivo de la Real Económica, no personalmente y sí como Presidente de aquélla, y en tal concepto Director y representante de la misma en sus asuntos económicos, administrativos y de régimen.»

«Confirman más y más esta inteligencia del testamento: primero, el hecho importante y decisivo que el principalmente interesado en la herencia, apreciando el referido documento del mismo modo que se deja expuesto, aceptó aquélla como Presidente de la Sociedad; segundo, que las palabras de la cláusula «á la persona que fuese Director de la Real Sociedad Económica de Amigos del País» revelan el propósito del testador de nombrar heredero sustituto, no á persona particular y sí al que estuviera investido con el cargo, hecho demostrativo de qu cargo es el que rige y subordina á la persona nombrada, que imprime carácter á la sustitución; y tercero, porque a diendo á la clase de fundación, que había de establecerse de de diez años, ser permanente y administrada por el hered

que terminado el plazo enunciado si la masa hereditaria no bastaba para la creación ó sostenimiento había de invertir los fondos en la forma dispuesta en la cláusula, no cabe dudar que funciones cuyo cumplimiento exigían tanto tiempo no se encomendaron particularmente á un individuo que, si desempeñaba la Dirección, lo era por dos años, y si la Presidencia por uno, sino que se confiaron al que ejerciese efectivamente la Presidencia, que es estable y ha de subsistir con ese nombre ú otro análogo mientras subsista la Real Sociedad Económica mencionada.»

***

Duda acerca de quién sea el instituído, cuando por existir varias personas del mismo nombre y apellido y en igualdad de circunstancias, no se pueda precisar á cuál de ellas se refirió la voluntad del testador. —Tenemos en último lugar que hacernos cargo del caso en que se dude quién fué el instituído por el testador, con relación á dos ó más personas de iguales circunstancias, nombres y apellidos. El Código ha ordenado que se designe al heredero en forma que no origine dudas; y que en el caso de haber otra persona que tenga iguales nombres (sabiéndolo el testador, por supuesto), se indique alguna circunstancia por la que se distinga al instituído. Tal semejanza puede, sin embargo, haber en el nombre, apellido y circunstancias (ó simplemente en éstas, aunque el Código, por mala redacción, no lo manifieste), que no quepa la determinación del heredero, en cuyo caso la institución se anula.

Esta doctrina es también romana como todas las anteriores. «Cuando no aparece quién ha sido el heredero á quien se trató de instituir, expresa el Digesto en un lugar, la institución no vale... á no ser que con demostraciones terminantes se revele en qué persona pensaba el testador.» «Habiendo controversia sobre el nombre entre varias personas, dice en otro sitio, será admitido á la herencia el que probara que él fué el designado.»

i no hay indicios, manifiesta, en fin, para discernir á qué perna el testador quiso designar, la institución se considera nula · causa de obscuridad.»

Ocurre pensar que si se duda, entre personas del mismo mbre, apellido y circunstancias, quién fué el heredero verda-

deramente instituído, antes que hacer nula la disposición debiera la herencia repartirse entre ellas, á fin de que, cualquiera que fuese el heredero, no perdiera por completo el beneficio que se le quiso conceder. Este argumento usó el Sr. Azcárate en su impugnación del Código, al discutirse en el Congreso la conformidad de éste con las bases, y las razones con que defendió el artículo el Sr. Gamazo son tan elocuentes y tan decisivas que no podemos hacer mejor trabajo que copiarlas, como terminación del comentario del artículo:

«Claro está que cuando se legisla hay una libertad mucho más amplia para resolver estas cuestiones que cuando se juzga: claro está que los legisladores pudieron aceptar el criterio de S. S.; pero tengo que decir que ese criterio habría sido una innovación radical en nuestro Derecho, con arreglo al cual, la institución ha de ser clara y ha de estar bien definida la persona del instituído. Si hay dos ó más personas del mismo apellido y de las mismas circunstancias que el instituído, no es posible dividir la herencia, porque hay herederos llamados por la ley, porque falta el conocimiento de la voluntad del testador, y porque es regla de interpretación, en materia de testamentos, que debe buscarse la voluntad del testador. Pues es evidente, señor Azcárate, que cuando el testador ha instituído á una persona y resultan dos ó más en iguales condiciones, hay una, dos ó más personas á quienes el testador no ha querido instituir. Su señoría pretende que, por la coincidencia de hallarse todos en igualdad de condiciones, debe decretarse la división de la herencia; pero S. S. olvida que haciendo eso se viola el derecho de las personas llamadas á suceder *ab-intestato*. El legislador entendió que eso no podía hacerse; pudo haberlo hecho si se considera la facultad de legislar como una facultad ilimitada y sin restricción alguna; pero al hacerlo hubiera roto todos los precedentes de nuestra legislación, y habría ido contra todas las legislaciones extranjeras, que en una ó en otra forma, y alguna con las palabras propias del Código actual, consignan lo que es consecuencia lógica del principio de que la institución de here[illegible] debe ser hecha á favor de persona conocida y que no pue[illegible] confundida con ninguna otra.»

SECCIÓN TERCERA

De la sustitución.

Vamos á entrar en uno de los puntos más interesantes del Código civil, y en el que, no ya sólo el Derecho romano, creador y definidor de la sustitución hereditaria, sino la legislación de nuestros mismos días, ha sido objeto de transcendentalísimas reformas.

Nacida en Roma la sustitución como un efecto del sentimiento universal de repugnancia á la sucesión *ab-intestato,* en los términos mismos que produjeron la necesidad de la institución hereditaria en todo testamento, y la de morir testado enteramente, cabe decir que en realidad en ella estaba el más decidido aspecto de aquel horror, por cuanto podía responder tan acabadamente como se quisiera al propósito de dejar un heredero seguro de los bienes. De nada servía la institución de heredero, si la persona designada por el testador se hallaba en la imposibilidad jurídica ó práctica de recibir la herencia; inútil también por la misma razón, que se le instituyera en todo y no en una sola parte de los bienes.

Pero la sustitución vulgar, por la que se facilitaba el nombramiento de muchos herederos consecutivos, para que en defecto del primero entrase á la sucesión el segundo, en defecto del segundo el tercero, y así hasta el infinito, daba una garantía considerable á los testadores de que su voluntad sería respetada y cumplida, y de que no vendría á abrirse en contra de ella sucesión *ab-intestato.*

Se desconoce los orígenes de esta sustitución vul-, tipo y modelo de todas las concebidas en tiempos

más adelantados. Hay quien la considera tan antigua como la misma institución de heredero, calculando que pudo llegar pronto y fácilmente al entendimiento de los testadores. De todos modos, incluso en el supuesto de que la elaboración intelectual que dió nacimiento á la sustitución no fuera tan rápida y sencilla como se nos indica, los romanos del tiempo de la República la tuvieron ya como corriente, y atendieron con ella al peligro de las numerosas clases de incapacidad de suceder que sucesivamente se iban introduciendo en el derecho de aquellos tiempos.

También es desconocido el origen de la sustitución pupilar, igual á la vulgar en apariencia, pero muy distinta esencialmente, toda vez que la primera se aplicaba al solo caso de no poder ser heredero el nombrado en primer lugar *(ut si haeredes ei non extiterint alius ei sit haeres,* Instit., *De pup. subst. pr.),* mientras la segunda se refería en general al de ser heredero y morir antes de la pubertad *(si haeredes ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis haeres;* ídem).

Se conocía también en tiempos de la República esta sustitución, que al fin y al cabo tenía por verdadero fundamento una concepción casi exclusiva de la época monárquica, como la del poder absoluto del padre sobre la persona y los bienes de los hijos; pero indudablemente su aparición fué posterior á la de la vulgar, por la mucha mayor fuerza de abstracción que necesariamente hubo de emplearse para discernir y definir sus elementos esenciales. Con el proemio citado de las Instituciones, enseña Justiniano que la sustitución pilar se había introducido por costumbre de los pad de familias, «*Nam moribus institutum est, ut, cum e*

aetatis filii sint in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes ei faciant".

A imitación y semejanza de la sustitución pupilar, Justiniano amplió después el favor del impúber al incapacitado y creó la sustitución ejemplar. El origen de ésta es bien conocido, por tener en el *Codex, ley 9, de impub. et aliis subst.*, la disposición de Justiniano que la introdujo en el Derecho. Sus caracteres esenciales en nada se diferenciaban de los de la sustitución pupilar, ni sus condiciones ni efectos.

Todos estos tres tipos de sustitución, vulgar, pupilar y ejemplar, con más las formas especiales de estas mismas sustituciones, conocidas por los comentaristas con los nombres de sustitución compendiosa y recíproca, han formado parte del derecho de Europa, y más propia é íntegramente del derecho latino, hasta el advenimiento de la codificación. El Código francés redujo desde luego estas sustituciones á la vulgar. Después de algunas vicisitudes, el Código definitivo de Italia entró también en el mismo camino. Sólo se conservan las tres sustituciones en el Código de Portugal, en el de Méjico y en el nuestro; y para eso limitadas, en los dos primeros expresamente y tácitamente en el nuestro, á una determinada porción de bienes.

Es unánime el respeto á la sustitución vulgar, incluso en los Códigos de origen germánico, no por horror á la sucesión *ab-intestato*, como en Roma, sino por respeto natural á la voluntad del testador, y como consecuencia de las mismas doctrinas que permiten las stituciones condicionales de heredero. No es ilícito ningún aspecto, sino, por el contrario, naturalíno que el testador, temeroso de la ineficacia de la

disposición testamentaria que ordena en primer término, idee una segunda subsidiariamente. La ley hace muy bien en respetar este motivo, con el mismo alcance de la voluntad manifestada por el testador. En el ánimo de éste, no puede ser heredero el designado en segundo término, sino por falta irremediable del que lo fué en primero; del mismo modo, ninguna eficacia se concede á aquel nombramiento en la ley sino con carácter subsidiario.

Las sustituciones pupilar y ejemplar, tan propias del Derecho romano por varias razones, como la facilidad de asechanzas contra la vida del impúber ó del incapacitado, para recibir *ab-intestato* su herencia, la facultad del padre de obrar en nombre del hijo y de sustituirse á él en todos los aspectos de su personalidad jurídica, y hasta la misma necesidad social de no morir *ab-intestato,* han llegado á la época moderna completamente solas, sin poder dar satisfactoria respuesta á quienes les preguntaban la razón de su permanencia en las leyes.

Algunas instituciones conservan los mismos Códigos modernos en las condiciones de la sustitución pupilar y de la ejemplar. Estas condiciones son análogas á las de quien asiste á un espectáculo público, valiéndose de localidad correspondiente á distinto día. Sólo por tolerancia de los concurrentes goza del espectáculo, aunque sin librarse del bochorno; si encima de esto, la tolerancia desaparece por la actitud enérgica de un adversario convencido de su derecho, la permanencia del intruso se hace imposible. Desde que, frente sustitución pupilar y á la ejemplar, que trataba concurrir á la formación del Código francés, con

los caducados, se alzaron el carácter personalísimo de la testamentifacción moderna y el principio de la verdadera sustitución hereditaria, no comprensiva de más ni menos privilegios que la institución, la retirada fué forzosa. Un justo, aunque no obligatorio respeto á la ancianidad, las ha permitido todavía tomar asiento en tres Códigos importantes, pero en actitud ya bochornosa, viva y cada vez más robusta la protesta de sus adversarios, y próxima la desfavorable decisión de la lucha.

Hemos de ver, al llegar su oportunidad, que el Código de nuestra patria, vacilante en la admisión de estas sustituciones, de las cuales el Código en proyecto de 1851 desestimaba completamente la ejemplar, y reducía á sólo los bienes de libre disposición la pupilar, ha dado á los preceptos de los artículos 775 y 776 una redacción vaga é indefinida, que impide establecer con la debida seguridad los límites de la tolerancia que se les ha concedido por el legislador.

Sólo mediante un laboriosísimo estudio, constantemente dificultado por el completo silencio del Código acerca de las más importantes cuestiones modernas de la sustitución pupilar y de la ejemplar, luchando de un lado la razón histórica y el carácter tradicional de las mismas, y de otro los nuevos principios del derecho hereditario y las enseñanzas de los Códigos extranjeros, hemos podido formar un juicio propio, que no se encuentra autorizado por opiniones poco ó mucho respetables de otros jurisconsultos españoles, pero que nos parece el más conforme con el pensamiento que tuvo, en caso de que no tuviera ninguno, con el que detener el redactor del Código á quien correspondió materia.

En nuestro sentir, las dos sustituciones han sido profundamente reformadas con relación á los precedentes del derecho patrio. Ante todo, el legislador ha concedido, de una manera expresa, á los ascendientes, el derecho de nombrar sustitutos pupilares, que siempre fué una función propia y privativa de la patria potestad, correspondiente, por lo tanto, al padre, y sólo en defecto suyo en la antigüedad al abuelo. Por otra parte, la facultad de disponer, por vía de sustitución pupilar, de todos los bienes del impúber, ha quedado reducida, á nuestro juicio, á solos aquellos bienes recibidos por éste del ascendiente que le sustituye. Ya no son, pues, las sustituciones pupilar y ejemplar instituciones testamentarias del impúber ó incapacitado, hechas en su nombre por el ascendiente, y relativas á todos los bienes propios de los mismos; sino unas simples sustituciones vulgares, más comprensivas que las ordinarias en cuanto al alcance, pero no en cuanto á la cantidad, y por las que no sólo se nombra sustituto para el caso de no poder ser herederos el impúber ó el incapacitado, sino para el de haberlo sido y fallecer sin testamento.

Aparece, por otra parte, en esta sección la sustitución fideicomisaria. Sabido es que, en su origen, no era ésta una verdadera sustitución, ni se conoció con este nombre. Se la llamó fideicomiso, y no tuvo otro objeto que hacer pasar los bienes de una persona á otra, considerando á la primera como simple intermediaria para el cumplimiento del encargo del testador. La persona que en definitiva recibía el beneficio era un incapaz de la herencia, que no podía ser instituído directament pero sí recibir los bienes del designado como hereder El rigor de los principios no autorizaba á los roman

para impedir que á un heredero se le gravase con el encargo de la restitución, aunque el favorecido, en definitiva, con la herencia fuera incapaz de una verdadera institución. Pero, en resumen, faltaba aquí el carácter de la sustitución genuína, porque no se hacía un nombramiento de dos herederos propiamente tales, para sustituir el último al primero, sino de dos herederos de distinta condición, uno nominal y otro real, uno aparente y otro efectivo. Los comentaristas aplicaban el calificativo de directa á la sustitución vulgar, y el de indirecta ú oblicua á la fideicomisaria, por hacerse con palabras oblicuas la última; pero estos calificativos hubieran sido más propios de la institución de heredero, considerando como indirecta la que se ordenaba en favor del fideicomisario.

Más adelante, el fideicomiso se hizo una verdadera sustitución, y con el tiempo llegó á ser general en Francia, Bélgica é Italia, dar el nombre de sustitución á la fideicomisaria exclusivamente. Verdad es que, desde la Edad Media, y, sobre todo, durante la Edad Moderna, el crecimiento de esta sustitución fué tan grande, tanta la multiplicidad de sus formas y tantos sus perjuicios morales y económicos, que bastaba al entendimiento de los pensadores del último siglo con la palabra *sustitución* para representarse, desde luego, la que con tan vivos caracteres se ofrecía á la vista de los doctos y de los no doctos.

Ya había sido objeto de muchas medidas legislativas la facultad de ordenar estas sustituciones fideicomisarias en Francia, cuando se procedió á la formación l Código Napoleón; incluso su supresión completa en año 1792. En las doctrinas francesas se había admi-

tido una forma particular de sustitución fideicomisaria, á la que se llamaba *disposición oficiosa*, y por la que un pariente (el ascendiente, en rigor) designaba una porción de bienes que habrían de pasar de manos del primer instituído al hijo ó nieto de éste. La ley de 1792 no había respetado ni siquiera estas disposiciones oficiosas, y se pensó en su restablecimiento al formar el Código; pero, por fin, el espíritu revolucionario se impuso en todo su vigor, y la sustitución fideicomisaria quedó en absoluto prohibida. De este mismo espíritu se hallaba infiltrado nuestro proyecto de Código de 1851, como casi todos los Códigos publicados en Europa durante nuestro siglo.

Al comentar el artículo 781 del Código patrio vigente, examinaremos con el detenimiento oportuno las vicisitudes históricas de esta sustitución y los principales razonamientos que se levantaron contra ella. No es inútil, sin embargo, recordar los términos contundentes y precisos en que se expresaba el gran jurisconsulto Bigot-Préameneu, uno de los que más influyeron, si no el que más, en la redacción del Código francés, para condensar en breve espacio los más poderosos argumentos de los enemigos de la sustitución fideicomisaria.

«Por una parte, esto ya no es solamente un simple acto de transmisión de la propiedad; es un orden establecido entre las personas que llama el testador á sucederse unas á otras: es construir para las generaciones futuras el estado y la organización de la familia; es realizar un acto legislativo más bien que ejercer un der privado; es lo que era, en su mayor latitud, el ejer de aquel poder indefinido que el jefe de la familia t

entre los romanos, no solamente sobre su bienes personales, sino también sobre la familia entera; poder que era una de las bases del sistema de gobierno, y que no admite nuestra legislación. Las sustituciones eran un medio, sin duda, de conservar los bienes.»

«Pero este medio ¿es bueno? ¿Es conforme con el interés de las familias?»

«Toda sustitución lleva consigo la idea de la exclusión de la generalidad de los miembros de la familia; se prefiere una rama á la otra; se prefiere á uno en cada rama, que descarte á los demás.»

«No cabe concebir que se pueda desheredar á la familia entera para enriquecer á uno de sus miembros, ni menos que esto deje de ser una causa de ruina y disensión para ella, antes que un medio de prosperidad. Cuando las sustituciones no se hacían en una familia poderosa, los parientes despojados no tenían ningún recurso á que acudir en la miseria. Siendo la familia poderosa, estos parientes hubieran preferido tener asegurada su existencia en una parte de los bienes antes que en una protección precaria y humillante...»

«Fuera de las ideas de poder y de elevación en el orden político, no se hallará en las sustituciones motivo para creer que la voluntad del padre de familia debe preferirse al orden establecido por la ley; este orden se funda enteramente en la proximidad del grado, en la presunción del afecto que existía entre el que muere y los que le suceden.»

«No se pueden olvidar las turbaciones que agitaban las familias. Las formas judiciales y los pleitos se multiplicaban hasta el infinito, sobre la conservación de los bienes sustituídos, la interpretación de las dis-

posiciones de sustitución, los derechos de los terceros y especialmente los de las mujeres de los poseedores, el cálculo de los grados y todos los demás asuntos que en Francia fueron objeto de una ley, impotente por excesivamente previsora...»

«Si se les examina en relación con la economía política, se les halla siempre los mayores inconvenientes. Los bienes inmuebles son mal administrados; no se atiende á los gastos de cultivo ni á ninguno de los de mejoramiento, sino cuando hay excitación del interés, ó mejor aún, sentimientos de plena propiedad. Los encargados de restituir son simples usufructuarios, su interés es contrario al del mejoramiento, puesto que sólo empobreciendo es como pueden procurarse recursos para su disipación ó sus delirios. Y es necesario convenir que este inconveniente llegaba al extremo cuando el número de grados de las sustituciones era indeterminado.»

Como hemos dicho, con este espíritu se dictó el Código Napoleón. De él también se hallan informados el de Italia, el de Méjico, el de Guatemala, el de Bolivia y el mismo de Portugal, si bien éste permite la disposición oficiosa del abuelo á favor del nieto. El nuestro, en cambio, después de haber pasado la legislación patria durante este siglo por las máximas alturas del aborrecimiento contra las sustituciones fideicomisarias, ha venido á caer en un término medio, que las permite hasta el segundo grado, como ya Justiniano autorizaba hasta el cuarto grado los fideicomisos, y como se autorizó también en la Ordenanza Orleans de 1560.

Bigot-Préameneu, Cambacéres, Treilhard, T-

chet, Cretet y especialmente Réal fueron abiertos impugnadores de todo permiso de sustitución. Ni siquiera admitieron ventajas de ninguna clase en la disposición oficiosa, menos extensa aún que la sustitución permitida en el art. 781 de nuestro Código. «Este sistema sustituye en el corazón del padre de familia, decía Réal, el orgullo al amor paterno y el amor de la posteridad al amor de los hijos. Se ha observado desde hace mucho tiempo que los más atormentados por la manía de la posteridad son precisamente los que menos se preocupan de sus hijos. No hay que confundir la familia con la casa. La sustitución puede conservar la casa, el nombre: pero lejos de conservar la familia, la destruye, sacrificando al hijo primogénito los demás, reduciendo á éstos á la pobreza, introduciendo entre hermanos y hermanas fermentos eternos de discordia y de odio.» Se pensaba además que la disposición oficiosa, y con mucho mayor motivo la sustitución hasta el segundo grado, familiar ó extra-familiar, originaría los mismos males que se trataba de corregir, entre otras cosas, por la facilidad de renovarse constantemente la sustitución hasta convertirla en perpetua.

No participamos de estas opiniones, ni consideramos peligrosa la sustitución, limitada al segundo grado. La conversión de temporales en perpetuas, antes que fácil, tenémosla por casi de todo punto imposible; porque el egoísmo natural de los hombres y su justificado apego á la propiedad, antes inducen á eludir la carga de restituir los bienes, que á someterse voluntariamente á ella. Los perjuicios económicos, en una limitación tan grande de llamamientos de herederos, no son mayores ni más graves que los que produce el usufructo; y fuera

una inconsecuencia notoria del legislador prohibir en este sentido las sustituciones fideicomisarias reducidas al segundo grado, cuando impone el usufructo forzoso como legítima del viudo. Por otra parte, hay consideraciones muy racionales, dentro y fuera del orden de la familia, para que se autorice al testador á nombrar un segundo heredero, como privación al primeramente nombrado de la facultad de disponer, ó como medio de evitar su sucesión *ab-intestato*.

Previas estas consideraciones, que en el comentario del citado art. 781 ampliaremos y completaremos, procede solamente indicar que los artículos 781 á 788, donde se desenvuelven las doctrinas de la sustitución fideicomisaria, son de una relativa originalidad muy agradable, y no contienen graves defectos de redacción ni de colocación. Habría más orden y más rigor científico si se relacionaran como corresponde el art. 781, el 785 y el 787, y se los colocase seguidos y armonizados, para precisar en lo posible el pensamiento del legislador sobre lo que permite y lo que prohíbe en ellos; si á éstos artículos siguiera el 783, sobre la validez de las mandas para prestaciones periódicas de beneficencia; después el 783 en su primer párrafo, relativo á la forma de los llamamientos de sustitutos (de colocación más propia aún dentro del mismo 781); á continuación el 784, relativo al tiempo en que se adquiere por el fideicomisario su derecho; más adelante el párrafo segundo del art. 783, sobre derechos y obligaciones del heredero fideicomisario; y, últimamente, el 786, referente á la validez del primer llamamiento en casos de nulidad del sucesivo.

Sobre algunos de estos puntos y otros distintos

remos á su tiempo las consideraciones convenientes, declarándonos satisfechos, por ahora, en lo general, con el criterio del legislador.

ART. 774. Puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituídos para el caso en que mueran antes que él, ó no quieran, ó no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, á menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

Concordancias.—Igual al art. 775 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 31 de Toro*, que es la *1.ª*, *título XIX*, *lib. X de la Novísima Recopilación.*—Porque muchas veces acaece que algunos porque no pueden ó porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder á otros que los hagan por ellos; y los tales comisarios hacen muchas fraudes y engaños con los tales poderes, estendiéndose a mas de la voluntad de aquellos que se lo dan; por ende, por evitar los dichos daños, ordenamos y mandamos que de aqui adelante el tal comisario no pueda, por virtud de tal poder, hacer heredero en los bienes del testador ni mejoría del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos o descendientes del testador, *ni les pueda sustituir vulgar, ni pupilar, ni exemplarmente*, ni hacerles sustitucion alguna, de qualquier calidad que sea...

Título V, Partida 6.ª Proemio.—Establescen sus herederos los omes en los testamentos, e ponen y condiciones, assi como mostramos en el titulo ante deste; e porque puede ser, que aquellos herederos que primeramente son puestos en el testamento eren ante que ayan fijos, ó non cumplen aquellas condiciones quellas cosas, que les mandó el que fizo el testamento, tuuie- por derecho los sabios antiguos, que fizieron las leyes, que vn mismo testamento pudiesse ome establescer herederos de

muchas maneras. Porque si los primeros muriessen, o non cumpliessen la condicion e la voluntad del testador, entrassen otros en lugar dellos que lo fiziessen. E por ende, pues que de suso fablamos de los primeros herederos, queremos aqui dezir de los otros a quien llaman en latin *substitutos*. E mostraremos que quiere dezir esta palabra. E quantas maneras son de establescimiento. E quien las puede fazer. E como deuen ser fechas. E que fuerça han. E en que tiempo desfallescen. E por que razon.

Ley 1.ª, tit. V, Part. 6.ª—*Substitutus* en latin tanto quiere dezir en romance, como otro heredero que es establescido del fazedor del testamento, en el segundo grado, despues del primero heredero. E esto seria como si dixesse: Establezco a fulano por mio heredero, e si el non quisiere, o non lo pudiere ser, sealo fulano en lugar del. E tal sustitucion como esta llaman en latin *vulgaris*, que quier tanto dezir, como establescimiento, que puede fazer qualquier del pueblo, e a quien quisiere. Otra sustitucion y a, a que llaman en latin *pupillaris*, que quier tanto dezir, como establescimiento, que es fecho tan solamente al moço que es menor de catorce años, o a la moça que es menor de doce años. E otra manera y a de sustitucion que es llamada en latin *exemplaris*, que quier tanto dezir como establescimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es fecho al huerfano. E puedenlo fazer los padres, e los abuelos, a los que descienden dellos, quando son locos o desmemoriados, establesciendoles otros por herederos si murieren en la locura. Otra manera y a, que es llamada en latin compendiosa, que quier tanto dezir, como establescimiento que es fecho por breues palabras. E aun y a otra sustitucion que es dicha en latin *breuiloqua* o *reciproca*, que quier tanto dezir, como sustitucion que se faze breuemente en pocas palabras, en la qual se contienen quatro sustituciones, e las dos son vulgares, e las dos pupillares. Otra manera y a de sustitucion, a que dizen en latin *fideicommissaria*. E de cada vna destas maneras de sustituciones diremos adelante cumplidamente.

Ley 2.ª, tit. V, Part. 6.ª—Claramente se faze la sustitucion que es llamada *vulgaris* por palabras negatiuas, en esta man como si dixesse el testador: Establezco á fulano por mio h dero. E si el non lo fuere, fago mio heredero á fulano. Ca si riésse aquel que fuesse establescido primeramente ante

ouiesse tomado la heredad, o se aya otorgado por heredero, sera heredero el segundo. Esso mismo seria si fuesse biuo, e non quisiesse recebir la herencia, o la desechasse. E aun calladamente se podria fazer tal sustitucion, como si el testador nombrasse dos omes por sus herederos, diziendo assi: Que qualquier dellos, nombrandolos, el que fuesse biuo, que aquel fuesse su heredero: estonce dezimos, que si fuessen biuos amos auran la heredad. E si el vno moriere tan solamente auerla ha el otro que fuere biuo. E esto es porque en tal establescimiento como este, se entiende calladamente, que si el vno es muerto, o si fuere biuo e non quisiere la herencia, el otro entrara en su lugar, e la deue auer todo.

Ley 4.ª, tit. V, Partida 6.ª—Desfallesce la sustitución que es llamada en latin *vulgaris:* cada que aquel que es establescido por heredero primeramente, entra en la heredad del testador ante que muera, o si consiente otorgando e diziendo que quiere ser heredero, maguer non la tome. Ca estonce el sustituto non ha derecho ninguno en los bienes del muerto, en que fué establescido el primero heredero, maguer este que primeramente fué establescido muriesse despues: esto se preua por las palabras del testador, que dize: Establezco a fulano por mio heredero, e si el non lo fuere fago mio heredero á fulano. E por ende, pues que el primero heredero entra la heredad, o quiere ser heredero, non ha porque lo ser el sustituto, maguer muera el primero despues.

Ley 12.ª, tit. V, Partida 6.ª (1).—Compendiosa sustitucion de que de suso fablamos, se faze de esta guisa, como si dixesse el testador: Fago mio heredero a fulano mio fijo, e quando quier que él muera, sea su heredero tal ome: en tal caso como este dezimos: que si es cauallero aquel que la faze por tales palabras, e el fijo a quien dan el sustituto ha madre, si se muriere el moço ante de catorce años, e la fija ante de doze: estonce el sustituto heredara todos los bienes del: e la madre non aura ninguna cosa ende. E si el moço, o la moça muere despues de dad sobredicha: estonce aura la madre la tercera parte de

1) Aunque las sustituciones llamadas *compendiosa* y *brebiloqua* pasado á la historia, insertamos las dos leyes de Partida que regularon, como un antecedente general de la sustitución.

la heredad, de todos los bienes que el moço heredo de su padre e todo lo al que gano de otra parte, onde quier que lo ganasse. Otrosi las sepulturas, que le pertenescen de linaje de su padre: mas todos los otros bienes del finado, deue haber el sustituto. Mas si el cauallero non auiendo fijos, establesciesse en su testamento por heredero alguno que non fuesse de los que descendiessen del, estonce el substituto que fuesse y puesto por las palabras sobredichas, auria toda la heredad del heredero, quando quier que muriesse. E si aquel que fizo la sustitucion por las palabras sobredichas non es cauallero, e aquel a quien dan el sustituto, es menor de catorze años, si muriesse este a tal ante que sea de edad de catorze años, seyendo varon: o muger de doze: aura el sustituto la heredad, e la madre non aura ende ninguna cosa. Mas si muriesse despues desta edad, estonce el sustituto non heredará ninguna cosa de los bienes de aquel en cuyo lugar fue sustituto: ante los deue auer la madre, si la ouiere, o sus parientes del muerto los mas propincos. Pero si este que non es cauallero dixesse assi, quando fiziesse su testamento: Establezco tal mio fijo por mio heredero, e quando quier que el muera sin fijos, dexole por sustituto en su lugar á fulano ome, o quiero que sea su heredero fulano: estonce si el muriere despues de la edad sobredicha: aura la madre del fijo de las tres partes de los bienes la vna, e las otras cosas que de suso diximos, e todos los otros bienes deue auer el sustituto de mano della quando quier que muera el moço.

Ley 13.ª, tit. V, Partida 6.ª— Breuiloqua subtitutio en latin, tanto quier dezir en romance, como segundo establescimiento de heredero que es fecho breuemente. E tal sustitucion como esta se faze en esta manera. Como si algund testador ouiere dos fijos menores de catorze años, a quien establesciesse por sus herederos diziendo assi: Fagovos mios herederos a amos a dos: e establezcovos por sustitutos al vno del otro de so vno. E en la sustitucion que es fecha desta manera contienense quatro sustituciones: dos vulgares e dos pupilares. Ca qualquier de estos moços sobredicho, que non quiera entrar la heredad, ó si la entrare, e muriere ante que sea de catorze años, aura el otro la heredad.

COMENTARIO.—*Sustitución vulgar. Su fundamento.*—Reproducción de la antiquísima doctrina romana de la *sustitución vulgar*, copiada luego por nuestras leyes de Partida, el presente artículo se halla redactado de un modo semejante al 898 del Código Napoleón y á los 895 y 896 del de Italia, é igual, ó casi igual, al 1.858 del portugués y á los 3.621 y 3.624 del de Méjico.

Tan sencilla es la teoría de esta primera forma de la sustitución hereditaria, y en tal dependencia está constituída para con los principios generales de la sucesión, que el molde primitivo en que la dieron forma los romanos subsiste todavía íntegramente, al cabo de su larga excursión por todas las legislaciones, y á través de modos muy distintos de concebir la sucesión de las personas.

Depende esto de que la sustitución vulgar no es un instituto jurídico al que corresponde vida independiente y propia en los dominios del derecho civil, sino un agregado y, en realidad, un accesorio de la institución del heredero, que sigue á ésta constantemente, que toma vida de ella y que sin ella no puede existir. En otro sentido, la sustitución vulgar es la misma institución de heredero; una institución subordinada á otra, colocada por el testador en lugar accesorio, «*segunda institución*», que decían los jurisconsultos romanos. Por consecuencia, esta sustitución, en el terreno de los principios, es una abstracción del entendimiento; y concebida ya en Roma como facultad del testador para nombrar un segundo heredero, con los mismos derechos y obligaciones que el primeramente establecido, las modificaciones particulares de cada legislación sobre el carácter y las condiciones de la personalidad del heredero sólo han podido afectar en la forma á la sustitución vulgar, y nunca en el modo de ser concebida doctrinalmente.

No tiene ya esta sustitución, ni con mucho, la gran importancia jurídica que se le concedió en Roma. Allí la institución hereditaria, cabeza y esencia del testamento, constituída, de hecho en necesidad social por el conocido horror de los romanos á morir *ab-intestato*, dió á la sustitución grandísima importancia; por lo mismo que las facilidades para hacerse nula ó inefectiva la institución del heredero eran muy numerosas, é imposibles de prever en su totalidad por el testador, y que la sustitución vulgar, colocando en el puesto del primer heredero,

á falta de éste, otro más apto ó más dispuesto para la sucesión, era el remedio único contra la dolorosa hipótesis de morir, aunque testado de hecho, intestado de derecho. Nombrando dos, tres ó más herederos, sustitutos sucesivamente el uno del otro, el testador moría en la seguridad de no faltar persona que recogiese su herencia y pusiera en ejecución sus disposiciones; y esto convirtió á la sustitución vulgar en uno de los hechos más corrientes de toda la materia hereditaria.

Pero desde que la institución de heredero dejó de ser imprescindible para la validez del testamento, la sustitución vulgar perdió su importancia, y empezó á desaparecer de las costumbres, siendo hoy apenas usada en la práctica jurídica. De aquí resulta que los Códigos modernos se limitan, como el nuestro en el actual artículo, á reconocer la existencia de la sustitución y á declarar su validez, prescindiendo, para ello, del conjunto de disposiciones que, desde el derecho romano, habían venido sirviendo para la resolución de las numerosas dificultades á que, sin duda alguna, se presta la materia, y abandonando el campo casi por entero á los comentaristas y á los Tribunales.

Otra razón, á nuestro juicio atendible, decide además á los legisladores en el desdén con que se ocupan de la sustitución vulgar: la de que, en realidad, aunque los Códigos no autorizaran de una manera expresa esta sustitución, aunque callaran sobre ella y aunque la prohibieran, siempre habría de considerársela permitida, tácitamente, como una de las infinitas formas de la institución condicional del heredero. La fórmula madre de la sustitución vulgar: *si illi haeres non erit, ille haeres esto*, envuelve, indudablemente, una condición suspensiva, igual á las demás de este género, y cuyas consecuencias, por otra parte, apenas si pueden diferenciarse de las que se asignan á la institución de heredero. Si, pues, la sustitución vulgar no valiera como tal sustitución, valdría como institución condicional; y, esto supuesto, su desaparición de los Códigos no produciría mal alguno, ya que, de todos modos, como dejamos dicho, las particularidades propias de la sustitución vulgar, á las que en algún caso habría necesidad de atender, no han sido objeto del ex- de los modernos legisladores.

* * *

Al entrar ya decididamente en el comentario del artículo, echamos de menos el calificativo de vulgar, aplicado á la sustitución de que se ocupa. No puede negarse que el adjetivo *vulgar* en cualquiera de sus acepciones, es completamente impropio de esta sustitución, y que en la actualidad no procede ya aplicarla semejante calificativo por la razón, que tuvieron en cuenta los romanos, de que «cualquiera del pueblo la podría hacer».

Pero, impropia y todo, la calificación de vulgar con que esta sustitución se conoce, tiene primeramente justificación histórica, y es además un medio necesario, á falta de otro más oportuno, para formar rápida idea del objeto á que se aplica, y para evitar la confusión con las sustituciones ejemplar, pupilar y fideicomisaria á que se refiere el Código en los artículos siguientes. El tecnicismo, bueno ó malo, obediente ó no á razones filológicas atendibles, facilita siempre la expresión; y cuando se trata de instituciones ó de cosas ya conocidas con un determinado nombre, ayuda poderosamente á la claridad de los conceptos y á la separación y distinción de las ideas afines. Nunca el legislador debe desprenderse del vocabulario formado por la costumbre, con el que se conocen y determinan las instituciones y los accidentes jurídicos, porque el desprendimiento da ocasión, segura é irremediablemente, á confusiones lamentables. Y menos todavía debieran hacerlo legisladores como los nuestros, que, tratando, sin duda, de hacer más claras las ideas, en lo cual únicamente elogios nos merecen, pero á despecho evidente del tiempo y del desuso, no han vacilado en emplear frases tan gráficas como la del padre de familia, varias veces repetida en la materia de contratos.

Siquiera, en los Códigos donde han desaparecido la sustitución pupilar y la ejemplar, se justifica en cierto modo la supresión del calificativo á que estamos refiriéndonos. Pero donde se conservan todas, como en el nuestro, y donde, al fin y al cabo, se llega á designar por su antiguo nombre á la suscitución recíproca (art. 779) y á la fideicomisaria (art. 781), no se nos alcanza motivo de la supresión; y menos considerando que se han de tener á la vista el Código portugués y el de Méjico, que hallan en el mismo caso, y en los que, después de expresarse legislador en forma análoga á la de nuestro art. 774, se añade:

«esto es lo que se llama sustitución vulgar». Una razón á que podría haber atendido es la de que, en el fondo, todas las tres sustituciones, vulgar, pupilar y ejemplar, producen los mismos efectos, como igualadas en su naturaleza jurídica; pero tendremos ocasión de ver en nuestro comentario, que hay esenciales diferencias entre estas sustituciones, dignas de ser consideradas y estudiadas separadamente; de lo que depende que el mismo Código las haya dedicado artículos distintos. A nuestro juicio, se ha debido respetar las antiguas denominaciones, como nosotros haremos durante nuestro trabajo, para evitar rodeos, y en la seguridad también de que, á pesar del silencio del Código, el tecnicismo viejo reaparecerá y se mantendrá en las escuelas y en el foro.

***

Formas de la sustitución vulgar. — De la definición contenida en el art. 744, y más especialmente de las palabras del párrafo 2.°, resulta que la sustitución *vulgar* tiene tres formas de manifestarse, que el Código, siguiendo la costumbre y el tecnicismo en este punto, llama casos:

1.° Que el instituído en primer lugar fallezca antes que el testador.

2.° Que no quiera aceptar la herencia.

3.° Que sea incapaz de recibirla.

En Roma se distinguía solamente dos casos de sustitución vulgar, lo mismo que entre los jurisconsultos posteriores hasta llegar á nuestro tiempo: el que se llamaba de *voluntad* por los antiguos tratadistas, que, como indica su propia denominación, consistía en no querer aceptar la herencia el instituído por el testador, y el que se llamaba de *impotencia*, esto es, de no poder aceptarla. Estos dos casos, perfectamente simples, y deslindados entre sí por la diferencia diametral del no querer y del no poder, son los que aceptan igualmente el Código italiano, el de Portugal y otros varios. Difieren de estos Códigos el francés, que en su art. 898 reduce los dos casos al único de no adir la herencia el heredero, y el de Méjico, de donde, al parecer, ha tomado modelo para España, que, á los citados casos de antigua doctrina, añade el de que fallezca el heredero con terioridad al testador.

Desde luego, la distinción de estos casos, en la redacción del Código, debe parecernos superflua é inoportuna, puesto que cabe reducirlos, tan sencillamente como en el Código francés, al sólo punto de no adirse la herencia por el heredero, dejando para el trabajo de los tratadistas la clasificación de circunstancias, que en nada afectan al fondo, y puede decirse que ni á la forma de la sustitución. Pero la adición de un nuevo caso, en la forma del Código de Méjico y del nuestro, nos parece además de todo punto ilógica.

Es evidente que algún motivo se habrá tenido para modificar en esta forma la antigua doctrina, acaso alguna duda en determinado asunto práctico; pero también lo es que el hecho de fallecer el heredero con anterioridad al testador, por mucho que se violenten los razonamientos, no pasará de ser un caso de los múltiples en que la herencia *no puede* aceptarse. Esta imposibilidad de aceptar la herencia puede obedecer á causas muy variadas, y clasificarse también de distintas maneras, por ejemplo, en imposibilidad física y legal: lo que no cabe hacer, en buena lógica, y menos en la letra de un Código, es separar uno de los casos de imposibilidad para constituir con él categoría aparte, como si verdaderamente tuviera realidad propia ó una especialidad caracterizada.

Sabido es ahora que desde los jurisconsultos romanos venía discutiéndose, hasta la publicación de las Partidas, si la expresión de un solo caso de los comprendidos en la sustitución vulgar servía para la subsistencia de ésta en el otro caso; si habiendo dicho el testador, por ejemplo: «Nombro heredero á Juan, y si *no puede* aceptar la herencia, hago su sustituto á Pedro», la sustitución se efectuaría de igual modo en el supuesto de que Juan, pudiendo, *no quisiese* aceptar el encargo.

Esta cuestión dividió mucho á los jurisconsultos. Entendían los unos que, expresado el caso de impotencia y no el de voluntad, sólo en el primero ocurriría la sustitución, por ser supuestos distintos y no haberse referido el testador sino á uno solo, cuando pudo y debió acordarse de los dos. Creían, por el contrario, otros que es más hermoso morir con herederos que sin ellos; que la voluntad del testador en beneficio del sustituto es conocida por el hecho de designarle en su testamento; y principalmente, que ideada la sustitución para impedir la herencia *ab-intestato*,

mejor se interpreta la voluntad testamentaria concediendo la herencia al sustituto, favorecido ya con la designación del testador, que á los parientes á quienes se trataba de excluir con la sustitución vulgar.

La *ley 2.ª, tit. V* de la *Part. 6.ª* resolvió en nuestro derecho la dificultad. Si el testador, dijo sustancialmente, nombra á dos hombres por sus herederos, y manda que el que de ellos viva al tiempo de su muerte recoja la herencia, ocurriendo que los dos viven y que uno no quiere aceptarla, el otro se considera como sustituto suyo. Es decir, que el testador, en este ejemplo, expresaba solamente el caso de impotencia, el fallecimiento de la persona con anterioridad á la apertura de la sucesión; y, no obstante, la ley reconoce que en ese caso se halla comprendido el otro, el de voluntad, y que la sustitución le es, por consecuencia, plenamente aplicable.

En estas condiciones ha venido el Código á encontrarse enfrente del problema, y, al parecer, á abordarlo en el párrafo segundo del art. 774, reproducción exacta, excepto en sus últimas palabras, del 3.624 del Código de Méjico. Su redacción es, sin embargo, tan incorrecta y tan confusa que vuelve la dificultad á estar en pie. Lo único que se percibe claramente, y sobre lo que ninguna duda cabe, es que en aquellos casos en que la sustitución vulgar se hace con palabras generales, sin distinguir la imposibilidad ó la falta de voluntad en que podrá verse el heredero, ambas circunstancias entiéndense incluídas en el propósito del testador. Ejemplo de una de estas sustituciones generales: «*nombro mi heredero á Juan; caso de que él no llegue á serlo, nombro sustituto á Antonio.*»

Pero cuando el testador se ha referido á un solo caso de sustitución, por ejemplo: «*Si Juan no quiere ser mi heredero, que lo sea Antonio,*» ¿se seguirá aplicando el criterio de la ley de Partida, ó se volverá al antiguo juicio de los que restringían la sustitución vulgar al solo caso designado por el testador? El Código italiano tiene un artículo especial, el 896, para disponer expresamente que se considere comprendido en el caso de impotencia el de voluntad, y viceversa. El nuestro limita decir, como se ve, que «*la sustitución simple, y sin expresió casos, comprende los tres expresados en el párrafo anter*

* * *

Sustitución simple y sin expresión de casos.—¿Qué quiere decir sustitución *simple?* Si este adjetivo, *simple*, se entendiera con todo su rigor gramatical, sustitución simple no sería nada, ó supondría una gran puerilidad de la ley: la de referirse á cierta sustitución relativa á un caso especialísimo, en el que no cupieran ya subdivisiones; porque lo *simple*, rigorosamente, es lo que no admite descomposición. No habiéndose usado, ni podido usar, en este sentido la palabra, ¿se llamará simple á la sustitución en que no se distinguen casos y que, por lo mismo, deberá llamarse general, ó hecha en términos generales, ó se entenderá con dicha denominación aquella en que se expresa solamente un caso, y en que el legislador de las Partidas, no obstante, quería que se comprendieran todos los demás?

Resuelta la dificultad gramaticalmente, el artículo se referiría sólo á un género de sustitución que reuniera al mismo tiempo la cualidad de ser simple y la de no tener expresión de casos, puesto que así resulta claramente del empleo del sustantivo en singular, y de la unión formada por la conjunción copulativa. Desechado este sentido, porque carecería de toda justificación, y porque, sobre todo, convertiría la frase en enteramente ininteligible, la Gramática no permite ni que se interprete el artículo como relativo exclusivamente á la sustitución hecha en general, calificada por el legislador de esa doble manera, ni que se le considere dedicado á hablar distintamente de la sustitución hecha en términos generales y de otra que, denominada simple, podría entenderse como expresiva de un solo caso de sustitución.

Para que se refiriera á una sola sustitución, y nada más que en un aspecto, al que el legislador hubiera querido aludir en dos formas distintas, llamándola primero simple y describiéndola después como hecha sin expresión de casos, se necesitaba haber usado la conjunción *ó*, como equivalente de *ó sea*, en lugar de la copulativa *y*, redactando la frase de este modo: «*La sustitución simple*, ó (sea) *sin expresión de casos...*» Y para que pudiera referirse á dos clases de sustitución, de la manera que hemos propuesto más arriba, fuera indispensable haber empleado el sustantivo y el verbo en plural, v. gr.: «*Las sustituciones simples y sin expresión de casos, comprenden...*», ó por lo menos haber señalado el segundo género de sustitución en un inciso bien de-

finido, como por ejemplo: «*La sustitución simple, del mismo modo que la hecha sin expresión de casos...*» etc.

Resulta de todo esto que hay imposibilidad absoluta de resolver gramaticalmente sobre el pensamiento del legislador, y que, para adoptar un criterio fijo en la materia, se necesita acudir á otros elementos de interpretación.

Si tuviéramos en cuenta á este efecto el precedente de las Partidas y la concordancia ya anotada del Código italiano, fácilmente nuestro juicio se inclinaría á la confirmación de la doctrina de que en cualquiera de los casos expresados por el testador, se entienden comprendidos todos los demás. Pero nunca fueron concluyentes las razones para decidirlo así; motivo por el que creemos, entre otros, que ha sido mal interpretada, ó, por lo menos, interpretada con excesiva extensión la ley de las Partidas. Al contrario de lo que se supone, el argumento principal, el del respeto á la voluntad del testador, en que, como hemos visto, se fundaban los partidarios de la ampliación de un caso á otro, impone, en sentir nuestro, la opinión contraria.

En esta, como en todas las cuestiones de interpretación de testamentos, debe tomarse por punto de partida la creencia de que el testador conocía todo el derecho aplicable á sus asuntos. Sabía, pues, en la cuestión que nos ocupa, que le asistía facultad para nombrar su sustituto en los dos supuestos expresados por el art. 774; y si á pesar de éso, sólo lo nombró con indicación de uno, es indudable que quiso desechar el otro. Esto es al menos lo rigorosamente jurídico. Por otra parte, cuando las palabras son claras, la interpretación carece de objeto; y si el testador, lisa y llanamente, sin confusión alguna de lenguaje, manifestó su voluntad de que, por ejemplo, Pedro sustituyese á Antonio, en caso de *no querer* éste aceptar la herencia, no es ya interpretación, sino evidente cambio de la disposición testamentaria, autorizar igual sustitución en circunstancias diferentes.

En resumen, nosotros entendemos que el testador puede expresar casos y puede no expresarlos, y que en la segunda hipótesis, según el precepto del artículo, todos se entienden comprendidos por igual, pero que en la primera, dado el silencio [illegible] menos, la oscuridad de la ley, y con rigorosa sujeción á los principios generales del derecho, sólo en el caso expresamente [illegible] lado tendrá cabida la sustitución vulgar; quedando de esta

nera derogada la ley de Partidas, y relegada á su debido puesto la opinión general de los antiguos tratadistas.

Conviene ahora notar que las palabras últimas de dicho párrafo segundo, aquellas en que se previene que lo preceptuado en él ocurrirá *«á menos que el testador haya dispuesto lo contrario»*, están tomadas indudablemente del Código italiano, que así también lo dice, aunque con diferente aplicación. El Código de Méjico, de donde se copió literalmente dicho párrafo, no contiene semejante frase, parecida á la del art. 4.° de nuestro mismo Código; en que se declara que los actos ejecutados en contra de la ley son nulos, á menos que la misma ley disponga lo contrario.

¿Cómo han de ser actos contrarios á la ley aquellos que la misma ley declara válidos? ¿Cómo, ahora, cabe que el testador disponga lo contrario, cuando se toma como base el haber dispuesto de una manera determinada? Desde el momento en que el testador ordena, por ejemplo, que sólo se comprenda este ó el otro caso en la sustitución, ¿cómo se va á considerar que no ha expresado casos? ¿De qué manera, en fin, es posible que el testador no exprese casos y que disponga al mismo tiempo la sola aplicación de su voluntad á un caso determinado? Son frases vacías de sentido éstas, y en cierto modo peligrosas, que indican poco cuidado en la redacción legal, y que veríamos con gusto desaparecer.

* * *

Los intérpretes dividían la sustitución vulgar en expresa y tácita, y admitían tres formas para la primera y tres para la última. Las tres formas de la sustitución expresa eran la general, comprensiva del caso de voluntad y del de impotencia, *si haeres non erit;* la comprensiva sólo del primero de estos casos y la en que se expresaba sólo el último. Las de la sustitución tácita eran: primera, la del caso expreso de voluntad, en que tácitamente iba comprendido el de impotencia; segunda, la inversa del caso de impotencia expreso; tercera, la que iba envuelta, en opinión de la mayoría de los autores, dentro de la sustitución pilar expresa, punto de que nos ocuparemos en el comentario l artículo siguiente.

El maestro Antonio Gómez reducía á cuatro grupos todos os géneros de sustitución vulgar: 1.°, la *en un todo expresa*,

en la que entraban, general ó particularmente, los dos casos de impotencia y voluntad; 2.°, la *en parte expresa y en parte tácita*, constituida por la expresión de un solo caso, dentro del que legalmente se comprendía el otro; 3.°, la *expresa in género*, contenida en la compehdiosa, ó en la brevilocua, por la generalidad de las palabras; y 4.°, la *en un todo tácita*, que se comprendía en la sustitución pupilar expresa.

Para ser lógicos con los antecedentes que hemos expuesto, la clasificación que procede hacer hoy de la sustitución vulgar es primeramente en dos grupos: el de la expresa y el de la tácita. Dentro de la expresa, caben después cuatro formas: la del caso de no querer el heredero aceptar la herencia, la del de no poder, la del de fallecer el heredero antes que el testador (comprendida en la anterior implícitamente como ya hemos demostrado), y la general ó sin expresión de casos, dentro de la que quedan incluídas todas las demás. La tácita, en cambio, no admite subdivisión, porque suprimida la posibilidad de que el testador, con la expresión de un solo caso, se refiera legalmente á los otros, sólo es posible sustituir tácitamente con la pupilar expresa del modo que determinaremos á su tiempo.

***

Casos especiales de la sustitución vulgar.—Se entretenían también los antiguos tratadistas en exponer algunos casos especiales de sustitución vulgar dignos de consideración en el terreno práctico, y algunos de los cuales no han perdido su importancia por la publicación del Código. Consideramos útil, por lo mismo, una ligera indicación.

a) Sustituto al sucesor ab-intestato.—¿Puede nombrarse sustituto, se pregunta, al sucesor *ab-intestato*? La fórmula origen de la duda es ésta: «*Instituyo á Juan, si mi legítimo heredero no quiere vindicar mi herencia.*» Opinan unos autores que el el heredero legítimo, sucediendo *ab-intestato*, no puede ser sustituído; y que Juan no entraría á la herencia, caso favorable, como sustituto vulgar, sino como verdadero y propio heredero sometido á una condición. Opinan otros, por el contrario, que indicación hecha á favor del heredero legítimo es una ver dera institución de éste, y que, por consecuencia, Juan tien carácter de sustituto. Cualquiera que sea la importancia de

duda, procede resolverla, en nuestro juicio, con arreglo á la opinión de los autores últimamente aludidos, porque, en efecto, como consecuencia de las disposiciones que contiene la sección anterior del Código, la indicación del heredero legítimo, aun no designado por su nombre ni de un modo directo, es una verdadera institución hereditaria.

b) *Fórmula de restitución.*—Otra fórmula dudosa: «*Instituyo heredero á Pedro, y si no quisiere serlo, restituya la herencia á Juan.*» En este caso, la expresión «*restituya*» hace dudar de la validez de la sustitución, lo mismo como vulgar que como fideicomisaria; porque para ser considerada vulgar es indispensable que Pedro no reciba la herencia, en cuyo caso mal puede restituirla; y para estimarla fideicomisaria se necesitaría que Pedro fuese heredero, cuando el testador se refiere á la hipótesis de que no quisiera aceptar la herencia. Se resuelve esta cuestión por el maestro Antonio Gómez en el sentido de que la sustitución valdría como vulgar, porque, en caso de duda, se presume ésta antes que otra cualquiera, y porque la palabra restituir que usó el testador induce una restitución de derecho y no de hecho. Asentimos en general á este criterio, porque se parte naturalmente del supuesto de haber equivocado el testador la palabra empleada; pero ante todo y sóbre todo, se seguirán en este caso las reglas del art. 675 sobre la interpretación de la voluntad testamentaria, y por supuesto, se dejará de lado la afirmación de ser preferible en caso de duda la sustitución vulgar, sobre cuya idea domina el principio, en dicho artículo formulado, de que las cosas deben resolverse de conformidad con lo que resulte más adecuado á la intención del testador.

c) *Sustitución doble ó compuesta, vulgar y fideicomisaria.*—Por último, se puede sustituir vulgar y fideicomisariamente á un mismo heredero, en esta forma: «*Si Francisco no fuese mi heredero, séalo Pedro, y mando á Francisco que entregue mi herencia á María.*» En realidad, una disposición hecha en esta forma demuestra una carencia de verdadera intención en el testador, y puede sin escrúpulo ser anulada. Los autores encuentran, sin embargo, resolución muy fácil para la duda, considerando que si Francisco no llega á ser heredero, puede entrar á la sucesión Pedro, como sustituto vulgar, y que, en el caso contrario, puede suceder María como fideicomisaria. Por

equidad debería accederse á esta solución; pero si en la práctica se presentara el caso, dudamos de que así sucediera, teniendo en cuenta, además de lo dicho, que tan extraña fórmula envuelve un modo de permitir el testador á tercera persona la designación del heredero, contra lo dispuesto terminantemente en el art. 670.

***

Capacidad del sustituto. Efectos de la sustitución. — Se tratan, en la materia de la sustitución vulgar, puntos de que nosotros vamos á hacer solamente mención en este sitio, reservando su estudio para los lugares á que corresponde. Son estos puntos: el de la capacidad del sustituto, que desde luego podemos referir completamente á la del heredero, de que tratan los artículos 744 á 756 del Código; el de los efectos de la sustitución, que dividen los autores en principales y accesorios, correspondiendo los primeros á la materia de la institución hereditaria, también tratada ya, y los segundos á la sección 3.ª del capítulo V, que se ocupa del derecho de acrecer; y el de la relación de la sustitución vulgar con las legítimas y las mejoras, que corresponde á los artículos 813 y 824.

Extinción de la sustitución. — Nos resta sólo, para la terminación de este comentario, exponer las causas por qué cesa la sustitución vulgar.

Estas causas son:

1.ª La de que el sustituto fallezca antes que el sustituído. Así lo dispusieron las Partidas, así se ha confirmado por la jurisprudencia y así naturalmente ha de entenderse después de publicado el Código, puesto que nadie puede heredar sin existir.

2.ª La de que se anule la institución de heredero; en cuyo caso, anulado lo principal, no puede subsistir lo accesorio.

3.ª La adición de la herencia por el instituído; puesto que falta entonces el motivo de la sustitución.

Muchas cuestiones ha producido antes del Código, especialmente entre los jurisconsultos, la dificultad de determinar preferencia del sustituto sobre la de los transmisarios *sui comunes, teodosianos y justiniáneos.* Habida la herencia, la titución, naturalmente, desaparece; pero ¿qué pensar del c

en que el heredero instituido fallece antes de haber aceptado ó repudiado la herencia?

Las dudas acerca de este punto han pasado á segundo término con la publicación del Código. Todas aquellas clases de transmisarios se han reducido á una sola: de los antiguos preceptos sobre las transmisiones, no queda más que uno, en el que se comprenden todos: «Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia, pasará á los suyos el mismo derecho que él tenía.» (Art. 1.006.)

Deduzcamos y establezcamos las consecuencias.

Primeramente, notemos que la cuestión no puede producirse en el caso de fallecer el instituído antes que el testador, porque entonces nada hereda y nada transmite, ni tampoco en el de no querer aceptar la herencia, porque cuando esto sucede, hay ya renuncia expresa ó tácita, que impide la cuestión de transmisibilidad. Sólo, pues, cuando la sustitución se haya hecho expresamente para el supuesto de no poder aceptar la herencia el designado, es cuando el sustituto puede hallarse enfrente de los herederos del instituído. En esto hay que distinguir dos géneros de posibilidad, la de hecho y la de derecho; y sobre la segunda de ellas no hay cuestión, por estar decidido en el art. 761 que siendo el incapaz hijo ó descendiente del testador y teniendo á su vez hijos ó descendientes, éstos adquieren su derecho á la legítima, pero no á la parte de libre disposición, que es la única sobre que cabe sustituir vulgarmente, según el art. 813 del Código.

Se duda, pues, solamente en el caso de aquel que, imposibilitado de hecho para adir la herencia, fallece sin renunciarla ni aceptarla, dentro del tiempo en que lo pudo hacer; caso en que el art. 1.006 hace pasar su derecho íntegramente á los herederos del heredero. Excluyamos también la hipótesis de que estos herederos lo sean á su vez, con carácter forzoso, del testador que hizo la sustitución, en cuyo caso no pueden ser privados de su derecho á la legítima directa de éste.

Ahora bien: refiriéndonos sólo á los herederos extraños al nombró sustituto, y si se quiere también á sus herederos osos en cuanto á la parte libre á que la sustitución puede nzar, nos parece que en la disposición hecha por el testador, brando el sustituto para el caso de *no poder* aceptar el insti-

tuído, va envuelta una forma de condición que excluye á los herederos de éste, por el hecho preciso de *no haber podido* aceptar á causa de su fallecimiento. De no resolverse de este modo, el caso de sustitución vulgar relativo á la imposibilidad del heredero para aceptar la herencia quedaría reducido á una mera fórmula.

En conclusión, los transmisarios del heredero sólo podrán privar de su derecho al sustituto cuando al mismo tiempo reúnan el carácter de herederos forzosos del testador que hizo la sustitución, y exclusivamente por lo que se refiere á la legítima que puedan reclamar directamente del mismo testador. En todos los demás casos, el sustituto ostentará carácter preferente.

ART. 775. Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Concordancias.—Análogo al art. 776 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 5.ª, tit. V, Part. 6.ª*—Pupillaris es llamada en latin otra manera que ha de sustitucion, segund que de suso diximos. E fazenla los padres, a los fijos, e a los que descienden dellos, por la liña derecha, si fueren en su poder, seyendo ellos de aquella edad, que diximos de suso en la ley que fabla en esta razon. E puedesse fazer tal sustitucion como esta, a las vegadas manifiestamente, e a las veces callada. E manifiestamente: se faria como si dixesse el testador: Establezco por mio heredero a fulano mio fijo, e si fuere mio heredero e muriere ante que sea de catorze años: establezco a fulano que sea su heredero. Ca si se muriere el fijo, o el nieto que assi fuesse puesto por heredero, ante de la edad en que es puede fazer testamento: aura este sustituto en logar del, la herencia del padre ó del auuelo. Otrosi calladamente se faria tal sustit en esta manera: como si dixesse el fazedor del testamento: blezco por mio heredero a fulano mio fijo, que es menor d torze años: e a fulano e a fulan mis amigos. E despues a

dixesse assi: Mando que qualquier que sea mio heredero, sea heredero de mio fijo. En esta manera seyendo fecha la sustitucion, si muriesse este su fijo ante que fuesse de la edad sobredicha: entiendese, que los otros son sustitutos calladamente, los que nombro el testador en su testamento, e ellos heredaran los bienes de su fijo, a quien auia establescido por heredero primeramente de so vno con ellos. E aun dezimos, que se podria fazer la sustitucion pupilar calladamente en otra manera: como si el testador que establesciesse por su heredero a su fijo, o a otro qualquier que descenciesse del, por liña derecha, que ouiesse en su poder, e que non fuesse de edad: e le diesse despues otro sustituto en aquella manera que es dicha vulgar, diziendo assi: Fago mio heredero a fulano mio fijo, e si non fuere mio heredero este mio fijo, establezco por mio heredero en su lugar a tal ome. Ca por si ventura esse fijo sobredicho, fuesse heredero, e muriesse ante que fuesse de edad de catorzce años, si fuere varon, o de doze años si fuere fija. estonce aquel que fuesse establescido por heredero sustituto en su lugar, heredara tambien la heredad del testador, como los otros bienes que vinieren al moço de otra parte. Esto es por razon de la callada sustitucion pupillar, que se entiende siempre én la vulgar, assi como sobredicho es. Fueras ende cuando el testador que ouiesse dos fijos, el uno mayor de catorze años, e el otro menor e los establesciesse por sus herederos diziendo assi: Que qualquie que muriessè dellos en ante que entrasse en la heredad, o que non quisiesse ser heredero, quel otro, que fuesse heredero en su lugar. Ca si aquel que fuesse menor de catorze años, quisiesse ser heredero, e entrasse la heredad, e muriesse, non seyendo de la edad sobredicha, non podria el otro auer la heredad, por razon de la sustitucion callada, como quier que la ganaria, por razon que es mas propínquo pariente. E esto es porque deue ser guardada egualdad entre ellos. E pues que en el mayor hermano non pueden auenir estas dos sustituciones pupilar, e vulgar, mas la vulgar tan solamente: guisada cosa es que aquella sola sea guar-
[illegible] en el menor: e esso mismo deue ser guardado si otra per-
qualquier fuese assi establescida para heredar con el fijo
testador, que fuese huerfano, e de tal edad.

y 6.ª, tít. V, Part. 6.ª—Puede el padre establescer otro
dero en logar de su fijo, que fuesse menor de catorce años

en la manera que es llamada en latin *substitutio pupillaris:* faziendo su heredero al moço sobredicho, assi como de suso diximos. E aun puede esto fazer, maguer lo desheredasse de lo suyo, por alguna derecha razon diziendo assi: Desheredo tal mio fijo, por razon de tal tuerto, o yerro que me fizo, e establezco por su heredero a fulano en los bienes que a aquel mio fijo vinieren, de parte de su madre, e de los otros sus parientes: assi que si el muriere ante que sea de edad de catorce años, que este que establezco por heredero, aya en su lugar los bienes sobredichos. Pero para poder el padre desheredar tal fijo como este, ha menester que el moço aya mas de diez años e medio a que llaman en latin *proximus pubertati*, que quier tanto dezir como que es cercano a ser de edad, e ha entendimiento. Ca si menor fuesse non lo podria desheredar de lo suyo: porque non semeja que pueda fazer tuerto a su padre maliciosamente: mas que lo fara por necedad o por mengua de entendimiento.

Ley 7.ª, tit. V, Part. 6.ª—Tal fuerça ha la sustitucion que es dicha pupilar, que aquel que gana la heredad por razon della, deue auer los bienes del moço, en cuyo logar fue establescido por heredero: tambien, como si el mismo lo ouiesse establescido por su heredero, en tiempo que pudiesse fazer testamento. E por estas razones, tal sustitucion como esta es como otro testamento, que faze el padre al moço sobredicho. E heredara tal sustituto como éste todos los bienes del moço, onde quier que los aya: fueras ende, si este que assi es establescido por heredero del moço, fuere ome tal, que non podiesse heredar, por derecho los bienes de otri. Ca estonce, non los deue auer si non en aquella manera que las leyes deste libro mandassen.

Ley 10, tit. V, Part. 6.ª—Desatase la sustitucion que es llamada pupilar por quatro razones. La primera es quando el moço viene a edad de catorce años, e la moça a doze, a quien establesce el sustituto. La segunda es, quando tal moço como este, pierde la libertad que ha, e la cibdad, e la familia. E esto seria, como si fuesse captiuo de los enemigos de la fe: ca por tal prision perderia estas tres cosas sobredichas. Per padre acaesciesse este captiuerio, non se desataria por en sustitucion pupilar, que ouiesse fecha de su fijo: que non captiuo. E la tercera es, quando pierde la cibdad, e la fa non pierde la libertad, e esto seria, como si fuesse de

para siempre en algun logar cierto. La quarta es, quando pierde la familia, e non la cibdad, nin la libertad. Esto seria, como si este fijo atal fuesse emancipado, e non estuuiesse en poder de otro, e el mismo consintiesse, que le porfijasse otro alguno. Ca estonce mudasse en familia agena, por que era ante por si, e se mete en poder de otro, e se faze de la compaña de aquel que lo porfijo. E esso mismo seria, si tal moço como este saliesse de poder de su padre, por qualquier manera. E por qualquier destas quatro razones sobredichas desfallesce la sustitucion que es llamada pupilar. E aun dezimos, que desfallesce, si el moço non quiere ser heredero del testador que le dio el sustituto. Pero si esto fiziesse engañosamente este atal, queriendo mal al sustituto e por ende no quisiesse ser heredero de los bienes del padre, por razon del testamento: estonce el judgador deuele apremiar, que la reciba, e si non la quisiere recebir maliciosamente, non mostrando alguna razon derecha porque lo fazia maguer muriesse ante que fuesse de edad; aura el sustituto la herencia del testador. Otrosi dezimos, que si despues que el moço desechasse la herencia de su padre, se arrepentiesse, diziendo que queria ser heredero: e pidiere a algund judgador del lugar que le entregue de la heredad: estonce bien puede ser heredero, e maguer desfallescio la sustitucion, porque non quiso a primas entrar la heredad, afirmasse por tal razon como esta, luego que sea entregado della, de guisa que si muriesse el moço ante que sea de edad de catorze años, heredara el sustituto los bienes del testador e del moço. Otrosi dezimos, que seyendo quebrantado por alguna razon derecha el testamento que ouiesse fecho algun testador, en que ouiesse dado sustituto el padre a su fijo, o alguno otro, en la manera que es dicha pupillar, que se desataria la sustitucion, por ende. E aun dezimos, que desfallesce esta sustitucion pupillar, si el padre fiziere despues otro testamento acabado. Esso mismo seria, si despues que el padre fizo testamento e dexo sustituto a su fijo, le nasciesse otro fijo, o fija.

COMENTARIO.—*La sustitución pupilar en Roma.*—La lectura art. 755 trae inmediatamente á la memoria la llamada en na sustitución pupilar, que definian los autores atinadamente endo que era la ordenada por el padre en favor de los hijos ·ituídos en su potestad, y que no habian de pasar á la de

otro, para el caso de que muriesen dentro de la impubertad. Por esto entendía Heinecio, de quien tomamos la definición, que se diferenciaban la sustitución vulgar y la pupilar: 1.°, en ser ésta exclusiva del padre; 2.°, en referirse también exclusivamente al hijo impúber; 3.°, en limitarse al caso de fallecer éste en la impubertad, después de haber sido heredero. «Es, propiamente hablando, dice además Ortolán, el testamento del hijo, hecho por el jefe de la familia, como accesorio del suyo.»

Los autores no han podido ponerse de acuerdo sobre los verdaderos fundamentos de esta sustitución, que, como hemos dicho en el preámbulo, fué introduciéndose poco á poco en las costumbres jurídicas de Roma, y llegó á ser un hecho general en los tiempos avanzados de la República.

Desde luego es indudable que su causa eficiente estuvo en el carácter de la patria potestad romana. «Es ley lo que dispone el padre acerca de los bienes y de la tutela de sus hijos», dijeron las XII Tablas. Fué, pues, ley lo que el padre disponía en su testamento, sustituyéndose á la persona del hijo y ordenando á nombre de él la distribución de su herencia. La causa ejemplar ó imitativa estuvo indudablemente en la sustitución vulgar; de ella partió la idea del nombramiento de un segundo heredero, subsidiario del nombrado primeramente, subordinado á una condición: en la vulgar, la no adición de la herencia por el instituído; en la pupilar, la falta de capacidad de éste para ordenar su propio testamento.

No debe quedarnos duda acerca de estos puntos; pero nos queda, en cambio, sobre las causas finales de la sustitución pupilar. ¿Qué razón puso en juego á la patria potestad del padre para ordenar éste por sí mismo el testamento de su hijo?

Según el ya citado Ortolán, «la sustitución pupilar tenía por objeto prevenir el caso de morir intestado: en la vulgar el testador provee solamente á su propia sucesión; en la pupilar extiende más lejos su solicitud y pretende evitar á su hijo la desgracia de morir intestado, porque quedando este hijo *sui iuris*, si llegaba á morir impúbero, moría sin la capacidad necesaria para hacer testamento y por necesidad intestado.» En opi de otros autores, la sustitución pupilar se introdujo para ev las asechanzas que contra la vida del impúber pudieran eje los parientes llamados á sucederle *ab-intestato*. Importa poc

todas maneras, que la causa final fuera una ú otra, ó que fueran ambas, ó que no lo fuera ninguna determinadamente, debiéndose la sustitución á un estado de conciencia social que en definitiva podía comprender las dos razones.

Como quiera que sea, la sustitución pupilar era primeramente un atributo de la patria potestad. Podía sustituir el abuelo cuando la patria potestad recaía en él, por muerte del padre; pero no estaba facultada la madre para ello. Por el mismo rigor de los principios, no se podía nombrar sustitutos pupilares para los hijos ya emancipados, pero sí para los no emancipados, aunque los desheredase el padre sustituyente.

En segundo lugar, la sustitución pupilar comprendía todos los bienes del pupilo, puesto que en realidad era un testamento de éste. De aquí nacía una diferencia esencialísima con la sustitución vulgar, la cual sólo era aplicable á los bienes del que hacía la designación; resultando que en ésta, el sustituto era verdaderamente un heredero del que le nombraba, mientras en la pupilar lo era directamente del impúber sustituído.

Con pocas diferencias, la sustitución pupilar ha llegado hasta nuestro tiempo, conservada por la legislación de las Partidas; y aunque desaparecida ya de todos los Códigos modernos, ó por lo menos profundamente limitada en cuanto á su alcance, como la limitó también el proyecto de 1851, según hemos indicado en el preámbulo de la sección, reaparece en el Código vigente, sin la mención de su nombre propio, y contenida en términos vagos y generales en la siguiente fórmula: «Los padres y *demás ascendientes* podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años de ambos sexos para el caso de que mueran antes de dicha edad.» Ocurre ahora preguntar: ¿qué clase de sustitución es esta que pueden ordenar el padre y los demás ascendientes? ¿Qué caracteres esenciales de la sustitución pupilar se conservan y cuáles han desaparecido?

***

Causas de la sustitución pupilar en el Código civil.

1) *Causa eficiente.*— En Roma lo era, como dejamos dicho, la patria potestad del padre, y en su caso, del abuelo. Las Partidas conservaron esta doctrina íntegramente, hasta que, al de-

clararse por la *ley 47 de Toro* que todo hijo casado y velado se tendría por emancipado para siempre, el abuelo perdió también aquella facultad, excepto en los casos rarísimos de no estar velado el hijo. La ley de Matrimonio civil produjo la cuestión de si, concedida la patria potestad á la madre, tendría implícitamente ésta la facultad de sustituir pupilarmente á sus hijos. Resuelta la duda en sentido afirmativo por la mayoría de los jurisconsultos, la situación, al publicarse el Código, consistía en estar permitida la sustitución pupilar al padre, y sólo en defecto suyo, y en los mismos casos que la patria potestad, á la madre.

Pero el Código, alterando esta situación de derecho, permite la sustitución á todos los ascendientes. Por consecuencia, el primer carácter de la sustitución pupilar ha desaparecido evidentemente. Ya no es una consecuencia de la patria potestad; ya no es una atribución emanada del poder del padre sobre el hijo. ¿Cuál es, pues, la causa eficiente de la sustitución pupilar?

No puede ser la misma de la vulgar, dependiente de una manera exclusiva de la facultad de disponer *mortis causa*, porque mientras esta sustitución se concede á todas las personas, la facultad de sustituir pupilarmente se limita á los padres y á los abuelos. Hay, por consecuencia, algo familiar, algo que es menos que la patria potestad, y más que el simple derecho de disponer por testamento. ¿Cuál es este algo?

Advirtamos de pasada que los dos Códigos extranjeros que admiten la sustitución pupilar, el de Portugal y el de Méjico, la limitan al padre ó ascendiente bajo cuya patria potestad se halle el pupilo. La patria potestad corresponde en Portugal al padre, y en su defecto, á la madre; en Méjico, al padre, á la madre, y sucesivamente, á los abuelos. Está de todos modos perfectamente determinado que el derecho de sustituir pupilarmente nace de la patria potestad, como en el derecho romano y en el antiguo nuestro.

Separado el Código patrio de este criterio, y no explicadas en parte alguna las razones que han movido al legislador á esta modificación, es sumamente difícil formarse idea exacta pensamiento.

No es título bastante el afecto para producir este resu por cuanto también podría y debería suponerse afecto en

traño que hiciera su heredero al pupilo; sin embargo de lo cual, no se le permite ordenar esta sustitución. Difícilmente podría buscarse la causa eficiente, además, en el orden de la sucesión *ab-intestato*, ó en el de legítimas, puesto que, en realidad, se relacionan poco el derecho de nombrar sustituto pupilar al descendiente y el de sucederle con carácter forzoso.

Únicamente en la tutela puede encontrarse alguna razón de causalidad; suponiendo que así como, en su origen, la sustitución ejemplar se introdujo á ejemplo de la pupilar, el legislador patrio ha querido reformar ahora la última á ejemplo de la primera. Pero para ser científicamente la tutela causa de la sustitución pupilar, como de la ejemplar, debería estar concedida la facultad de sustituir á cuantas personas tienen derecho á ser tutores, lo cual no sucede en ninguna de las dos, cabiendo sólo considerar que sean un acto de tutela restringida, por analogía más ó menos acentuada, con el derecho á la legítima.

Teniendo, pues, en cuenta el resultado de estos razonamientos, no se llega á encontrar una causa bastante poderosa para merecer la calificación de eficiente, aun teniendo en cuenta la tutela, sino en la facultad de disponer libremente de los bienes,

B) Causas finales.—Advertíamos en el preámbulo de la segunda sección de este capítulo, relativa á la institución de heredero, que el horror á la sucesión *ab-intestato* había producido en Roma la necesidad de instituir heredero en el testamento y la de disponer de todos los bienes. Aquel horror tuvo su época, resultando, por el contrario, en los tiempos modernos que el testamento sin institución, la institución en solo una parte de los bienes y, en general, la concurrencia de la sucesión testada é intestada, son hechos perfectamente lógicos y acomodados al máximo rigor de los principios jurídicos de la testamentifacción activa.

Estaba también justificada en Roma la sustitución pupilar como medio de precaver las tentativas que contra la vida del menor, aprovechando la debilidad propia de sus pocos años y tratando de conseguir su herencia á todo trance, pudieran realizar

rientes llamados á la sucesión *ab-intestato*. Ningún medio
para evitar estos intentos que autorizar al padre del impú-
ıra sustituirse á él en la facultad de hacer testamento y
nar en nombre suyo las disposiciones oportunas, sobre la

hipótesis de que falleciera antes de la edad en que la ley permite la testamentifacción activa.

Pero esta causa de la sustitución pupilar, de considerable importancia en un pueblo como el de Roma, ha venido á anularse casi por completo dentro del carácter y de las condiciones de la sociedad moderna. La evolución del egoísmo al altruismo, de que hablan los modernos filósofos positivistas, y cuando menos, la difusión de la cultura por todas las clases de la sociedad, así como la mayor extensión adquirida por las relaciones humanas y el mayor número de medios dado á la sociedad para la investigación de la conducta de los ciudadanos, hacen en extremo difíciles las asechanzas del tutor ó del pariente contra el impúber, que tan numerosas debieron ser en Roma El castigo de estas asechanzas en el orden penal y el que civilmente les está impuesto por el art. 756, donde se las incluye entre las causas que hacen indigno para suceder, parece, en consecuencia, un freno suficiente, sin necesidad de permitir la disposición testamentaria á nombre del menor.

¿Cuál es, entonces, la causa final de la sustitución pupilar en nuestros días? ¿Qué favor resulta de ella, para el que la ordena ó para el que la recibe, que justifique su continuación en las leyes?

Podría suponerse, sin necesidad de beneficio personal de nadie, una tendencia á la conservación del carácter familiar de la propiedad, tendencia que en otros lugares del Código resulta bien visible; pero desde el momento en que el sustituto pupilar puede ser un extraño, el propósito de la copropiedad de la familia viene al suelo, por lo mismo que la mejor manera de conservar esta copropiedad sería permitir el paso de los bienes á los parientes de la sucesión *ab-intestato*, que son, al fin, los que constituyen la familia.

Ahora bien: si no se autoriza la sustitución pupilar para dar á los bienes determinado carácter, tampoco es visible que constituya beneficio para el impúber ni para el ascendiente. En cuanto al primero, la ley no puede suponer que le sea más favorable un testamento ordenado por persona distinta y con volu agena que la sucesión legítima por el orden del afecto. P que hace al ascendiente, la sustitución pupilar no puede rarle un beneficio que no consiguiese del mismo modo co

sustitución fideicomisaria condicional, como la contenida en la siguiente fórmula: «nombro heredero á mi hijo, y si fallece antes de la pubertad, quiero que pasen los bienes, como sustituto fideicomisario, á mi amigo Fulano.»

* * *

Efectos de la sustitución pupilar.—Antes de precisar más las ideas que quedan expuestas, concurre con ellas á la discusión un principalísimo problema, que es menester dejar resuelto previamente. Como ya sabemos, en la sustitución pupilar antigua el padre disponía, á nombre del impúber, de todos los bienes que éste tuviera á su muerte; porque se trataba de un testamento de igual alcance que el que pudiera hacer el mismo impúber. Esta situación ¿sigue con arreglo al Código? ¿Es verdaderamente un testamento del impúber el que hace el ascendiente? ¿Puede disponer éste de todos los bienes que pertenezcan al pupilo, ó sólo de los que le pertenezcan por la propia institución del ascendiente?

Apenas se formulan estas preguntas, salta á la vista la dificultad de que, correspondiendo á todos los ascendientes el derecho de sustituir, puedan hallarse unos frente á otros varios sustitutos, nombrados por varios ascendientes. Si la sustitución es un testamento á nombre del impúber, hay que establecer preferencias entre los sustitutos; si se les admite á todos por igual, hay que limitar el alcance de la sustitución.

Nadie, que sepamos, ha estudiado ni vislumbrado esta dificultad, para cuya resolución faltan lo mismo en un sentido que en el otro, razones sólidas y acabadas. El Código, en este artículo 775, calla por completo acerca de la dificultad; en ningún otro sitio hay tampoco datos, algo ó mucho decisivos, para conocer el pensamiento del legislador. Es éste, seguramente, uno de los puntos en que nuestra misión de comentaristas tropieza con mayor apuro y compromiso; mas no por eso debemos abstenernos de la exposición de la dificultad y de la indicación de nuestro

io.

ıpezaremos al efecto por resumir en conclusiones precisas ırgumentos con que cabría sostener el carácter tradicional de stitución pupilar y, por lo tanto, la diferente condición de

los sustitutos nombrados por varios ascendientes respecto de un mismo impúber.

Primera. La sustitución pupilar es un acto de testamentifacción activa, en virtud del cual el ascendiente, subrogándose en la personalidad del pupilo (menor de catorce años), instituye uno ó más herederos de los bienes de éste.

Fundamentos.—A) Históricos: a) El fin de la sustitución en Roma, donde se estableció para que el pupilo no muriese intestado. *b)* La legislación de Partidas, tanto en la fórmula de la institución «establezco por mio heredero á fulano mio fijo, e si fuere mio heredero e muriesse ante que sea de edad de catorze años, establezco á fulano que sea su *heredero*» *(Partida 6.ª, tit. V, ley 5.ª)*, como al expresar la fuerza de la sustitución pupilar, en la *ley* 7.ª, donde dice que «aquel que gana la heredad por razón della (la sustitución) deue auer los *bienes del moço* en cuyo logar fue establescido por heredero: tambien como si el mismo lo ouiesse establescido por su heredero en tiempo que pudiesse fazer testamento. E por estas razones tal sustitucion como esta es *como otro testamento que faze el padre* al moço sobredicho. E heredara tal sustituto como este *todos los bienes del moço, onde quier que los aya.*»

B) Doctrinales; a) La naturaleza de la sustitución, consistente en un verdadero acto de testamentifacción activa: 1.°, por *su objeto*, que no es otro sino evitar en lo posible la muerte intestada del pupilo, concediendo al ascendiente la facultad de testar de que él carece; 2.°, por *su contenido* ó facultad de disponer el ascendiente de los bienes del pupilo á favor de una ó varias personas para después de la muerte de éste (testamento); *b)* la diferencia con la sustitución vulgar. Es ésta, la institución de un primer heredero para los bienes del testador y la institución de un segundo ó ulterior heredero para el caso en que *no lo sea* el primeramente instituído. No hay disposición de los bienes del sustituído; respecto á éste es un acto de testamentifacción pasiva.

Segunda. La sustitución pupilar no ha sufrido modificación en su naturaleza al ser trasplantada del campo de la legi romana y alfonsina al del Código civil: *a)* Porque nada en las bases para la redacción del Código referente á la ción de la sustitución; *b)* Porque el art. 777 no modifica la

raleza de la sustitución, ni destruye lo antes expuesto; por el contrario, lo apoya, puesto que siendo ésta sólo un testamento de los bienes del pupilo, precisamente por ello es forzoso respetar el derecho de los herederos legitimarios. La sustitución pupilar es una institución de heredero del pupilo; hay, pues, institución de *los bienes del sustituido* (testamentifacción activa); *c)* Porque, según el párrafo 2.° del art. 775, la sustitución ejemplar, análoga en su esencia á la pupilar, queda sin efecto por el *testamento* del ex incapacitado, aplicación del principio de la revocabilidad del testamento anterior por el posterior perfecto, y prueba de que la sustitución es una verdadera disposición *mortis causa* de los bienes del incapacitado ó del pupilo.

Tercera. Es indeterminada la disposición testamentaria en que un ascendiente, *viviendo otro con derecho* á la legítima del pupilo, instituye heredero á éste de una porción cuantitativa ó cualitativa, para el caso de que muera antes de los catorce años, y designa á un tercero como sustituto de los bienes que le deja: *a)* Por no hallarse comprendida en ninguna de las sustituciones establecidas por el Código; no siendo sustitución vulgar, porque ésta requiere que el primeramente instituído *no llegue* á ser heredero, ni tampoco pupilar por referirse ésta á los bienes del pupilo, independientemente de la procedencia de los mismos; *b)* por la necesidad de respetar la legítima de los herederos del sustituído, que no se respeta en tal supuesto, porque acaso los bienes dejados constituyan en su día el total ó la mayor suma del caudal relicto del pupilo; *c)* porque siendo la sustitución ni más ni menos que una disposición de los bienes del pupilo, la institución de una persona, con la omisión consiguiente del heredero forzoso, constituiría una preterición de éste, lo cual, á tenor del art. 814, determinaría la nulidad de la llamada sustitución (institución propiamente tal).

Cuarta. Dado que la esencia de la sustitución pupilar es la facultad de disponer de los bienes del sustituido, y siendo aquélla un testamento otorgado por el ascendiente en nombre y en lugar de éste, por su incapacidad de testar, el último y único ndiente es quien puede sustituir pupilarmente, ó mejor ıo, su sustitucion en tal sentido revoca las anteriores si las ıiera: *a)* Por ser imposible la existencia de varios testamentos ıles sobre unos mismos bienes y otorgados por ó en conside-

ración á una misma persona, y porque entre varios otorgados por los ascendientes, es visto que el del último destruirá á los anteriores; *b)* porque existiendo dos ó más ascendientes (caso en el que se presenta la dificultad, por concebirse la concurrencia de varias personas con igual derecho), cada uno de ellos, en lo concerniente á la sustitución, tiene necesariamente que referirse al supuesto de que mueran él y el otro y los otros ascendientes, y esto sería limitar y restringir la facultad de los demás, puesto que se verían privados de disponer de los bienes de que dispuso el primero ó anterior; *c)* porque, aun suponiendo que la facultad de sustituir se limite á la parte de libre disposición, respetando la legítima, siempre acontecerá que de entender que todos los ascendientes tienen concurrentemente dicha facultad, los segundos ó posteriores, y especialmente el último, sólo podrá sustituir en la porción legitimaria á él correspondiente, lo cual implica asimismo una desigualdad en el derecho, cuando la ley lo que ha querido es la igualdad; *d)* que esta igualdad existe desde el instante en que se afirma que la facultad conferida por los artículos 775 y 776 á los ascendientes es *defectiva*, en el sentido de que lo dispuesto por el último ascendiente es la ley que debe regir en la sustitución, porque á todos va pasando el derecho, prevaleciendo, como en cuanto dice relación á la materia testamentaria, lo que constituye la última voluntad; *e)* porque lo que ha pretendido y quiere la ley al facultar á todos los ascendientes para sustituir pupilarmente, no es que todos ó cada uno de ellos nombre sustituto, de manera que haya concurrencia, sino extender á los ascendientes una facultad privativa *antes* del padre, para el caso de no existir éste, y siempre subordinada fatalmente por la naturaleza de la sustitución, al principio de la revocabilidad de la disposición anterior por la posterior; *f)* que el art. 777, que aparentemente destruye todo lo dispuesto, en cuanto al hablar del respeto á la legítima, parece dar á entender que todo ascendiente puede sustituir salvando la legítima del otro, hubiera sido un artículo de gran utilidad cuando, limitada la facultad al padre, éste hubiera tenido que respetar la legítima de los abuelos (y á esto obedece su c ción en cuanto responde á las opiniones de los autores con a rioridad al Código en que así sucedía); pero conforme á la ac legislación en que se extiende la facultad á todos los ascen

tes, es inútil, porque sólo el que no tenga tras de sí ningún otro ascendiente del pupilo, y por tanto, una legítima que respetar, es el que puede disponer de todos los bienes.

Resulta, en resumen, que se puede admitir la sustitución pupilar como verdadero testamento á nombre del pupilo y con referencia á todos los bienes de éste, por las siguientes razones: 1.ª, la de haber tenido esos caracteres en el derecho romano y en las Partidas la sustitución pupilar; 2.ª, la de no haberse dicho en las bases del Código que se tratara de hacer reforma alguna; 3.ª, la de que la sustitución pupilar se refiere al solo caso de ser heredero el pupilo, y tiene por objeto nombrar un heredero para él, lo cual implica referencia á todos sus bienes; 4.ª, la de que el ser revocable la sustitución ejemplar por el testamento del ex-incapacitado, supone en esa sustitución, y lo mismo en la pupilar, que la sustitución era un verdadero testamento, y 5.ª, que el respeto á la legítima de los herederos forzosos del sustituído (artículo 777) da por supuesto que se trata de todos los bienes de éste, puesto que de todos los bienes se hace cuestión en la legítima. Sobre estas bases, y en la necesidad de resolver la concurrencia de varios sustitutos, nombrados por varios ascendientes, militan las razones indicadas para preferir al nombrado por el último de los ascendientes que sobreviva.

Pero, sin embargo de ser éste el criterio más acomodado al carácter tradicional de la sustitución pupilar, y el más propio de temperamentos verdaderamente conservadores, existen, á nuestro juicio, poderosísimos razonamientos para desecharle, y para adoptar el opuesto.

Desde luégo, no pueden invocarse los caracteres que tuvo la sustitución pupilar en el Derecho romano y en el de Partidas, puesto que precisamente se trata de averiguar si esos caracteres han desaparecido ó no con la publicación del Código.

La circunstancia de no haberse indicado ningún propósito de reforma en las bases del Código, no ayuda tampoco á la doctrina expuesta; porque, en primer lugar, hay muchos puntos fundamente reformados, como la capacidad sucesoria del ıa del testador, la incapacidad proveniente de la tutela, etc., obstante haber anunciado la base 15.ª que en la materia de ıcidad se mantendría la esencia de la legislación antigua; y que, en segundo término, precisamente esta base, que indi-

caba el propósito de conservar los criterios vigentes sobre la forma y solemnidades del testamento, capacidad, institución de heredero, legados, albaceazgo, etc., calló de todo punto acerca de la sustitución.

El hecho de que la sustitución pupilar envuelva el fin de nombrar un heredero al pupilo, no implica que forzosamente sea un heredero para todos los bienes. Antes por el contrario, mientras no se demuestre con otros argumentos que puede el descendiente nombrar heredero para todos los bienes del pupilo, debe creerse que sus facultades no llegan tan lejos. El demostrarse con la revocabilidad que la sustitución pupilar es un testamento del pupilo, tampoco prueba que se trate de un testamento comprensivo de todos sus bienes, puesto que puede muy bien ser de sólo parte de ellos. Del mismo modo, el haberse de respetar la legítima de los herederos forzosos del sustituído, no prueba que se trate de todos los bienes de éste; puesto que podría referirse sólo á los recibidos del respectivo ascendiente, en el supuesto de que la legítima del citado heredero forzoso no pudiera detraerse en otros bienes propios del pupilo. Todas estas razones se resienten, pues, de la petición de principio consistente en dar por cierta la cosa misma que se discute.

A cambio de esto, parécenos que para sostener el criterio contrario hay argumentos fortísimos, que pueden condensarse en las siguientes conclusiones:

Primera. La sustitución pupilar no puede actualmente respetarse como consideración á las dos causas finales que la justificaban en Roma. Como ya hemos visto, ni el temor de asechanzas contra la vida del pupilo, ni el horror á la sucesión *ab-intestato* existen jurídicamente en nuestro tiempo.

Segunda. El testamento del impúber hecho por el ascendiente atentaría al moderno principio de que el testamento es un acto personalísimo; principio afirmado y sancionado de un modo absoluto en el art. 670 del Código. Más grave todavía que el testamento por comisario, en el que siquiera hay una manifestación de voluntad del dueño de los bienes, aunque imperfecta, sería el hecho á nombre del impúber, que no manifiesta v tad de ninguna clase. En Roma se justificaba á título de l rechos absolutos del padre; pero esta razón ha desapar desde que la patria potestad perdió su primitiva fuer

mucho más desde que el Código hace de la sustitución pupilar un punto independiente del poder paterno.

Tercera. Los Códigos modernos, en general, han reprobado esta sustitución, como contraria á los principios nuevos del derecho hereditario; y los únicos que la admiten, el de Portugal y el de Méjico, la reducen: el primero á los bienes que el pupilo hereda del respectivo ascendiente, el segundo á los de libre disposición de este ascendiente mismo. Exactamente igual al de Méjico era nuestro proyecto de 1851; y debe suponerse que si el legislador, al mantener en el Código vigente la sustitución pupilar, hubiera querido darla mayor alcance que su antecedente de 1851 y que sus concordantes extranjeros, lo hubieran manifestado expresamente.

Cuarta. Es principio de derecho que la sustitución no puede abarcar más que la institución. Este principio estaba destruido en la legislación antigua, que permitia á la sustitución pupilar abarcar más que la institución; pero sólo por la causa eficiente de la patria potestad, mientras que siendo hoy la causa eficiente el derecho de disponer, no es posible que se conceda á éste una ampliación á bienes ajenos.

Quinta. El Código no determina preferencia ninguna entre los ascendientes á quienes concede la facultad de sustituir; se limita sencilla y secamente á disponer que *el padre y demás ascendientes* puedan nombrar sustituto al impúber.

Para resolver esta dificultad en la sustitución antigua, con referencia á la ejemplar, existia diversidad de criterios: quién opinaba que el sustituto del padre era preferente á todos: quién que sólo era válido el nombramiento hecho por los ascendientes á falta del de grado más próximo, y que, por consecuencia, viviendo el padre, el abuelo no podía sustituir ejemplarmente al nieto; quién que el derecho correspondía al último de los ascendientes del fallecido; quién, por fin, que, en concurrencia de varios sustitutos, el nombrado por el padre recibiría los bienes procedentes de la línea de éste, y el de la madre los de su respectiva línea, dividiéndose el resto de la herencia, por iguales partes, entre todos los sustitutos nombrados. Pero como en la sustitución ejemplar, había necesidad de designar como sustitutos á determinados parientes, la dificultad sólo pudo ocurrir con respecto á los extraños; y la práctica no dió motivo para

que se llegase á una opinión regularmente satisfactoria, ni para que se comprobaran en la piedra de toque las que acabamos de exponer.

De todos estos criterios, el más seguro y justificado sería el de conceder el derecho de nombrar sustituto al ascendiente que falleciese en último término, al cual irían acreciendo las facultades de los demás. De presentarse el caso de que este último ascendiente no hubiera nombrado sustituto, se aceptaría la designación del que falleció con anterioridad, y así por orden sucesivo, siempre en razón de la fecha del fallecimiento. Pero aun teniendo apoyo este criterio en consideraciones de gran fuerza, como las que ya quedan reseñadas, resulta, lo mismo que con los restantes, que deja abierto el campo para que disponga de los bienes del pupilo el ascendiente que en menos cantidad le hizo heredero; lo que sobre ser injusto y repugnante á la conciencia, atenta también á los resultados que hemos obtenido acerca de la causa eficiente de la sustitución pupilar, fundada de un modo exclusivo en la facultad de disponer.

Por otra parte, el Código no autoriza directa ni indirectamente el establecimiento de preferencias entre los diversos sustitutos, por lo que para adoptar cualquiera de los criterios indicados, no sólo se necesitaría incurrir en la petición de principio de dar como indudable la extensión de la sustitución pupilar á todos los bienes del pupilo, sino que se ejercería una facultad puramente legislativa, llenando el vacío que dejó el legislador con disposiciones particulares, todas igualmente arbitrarias, y todas ocasionadas á grandes injusticias.

Como no podemos atribuirnos, á título de comentaristas, ni siquiera podrán los Tribunales atribuirse este derecho á legislar, resulta en definitiva que podemos hallarnos ante varios sustitutos pupilares de un mismo impúber, sin medios de determinar entre ellos ninguna preferencia. De entenderse que la sustitución pupilar abarca todos los bienes, nacería el conflicto de la elección entre los diversos sustitutos. Desaparece, en cambio, este inconveniente, y falta toda materia de dificultad desde el momento en que la sustitución se limita á los bienes que la ordena. Esto puede dar lugar á la apertura de la sucesión *ab-intestato* en concurrencia con la testamentaria; pero siendo que nada se opone á esta duplicidad de sucesión, hay además

circunstancia de que el art. 777, al detraer de los bienes que correspondan al sustituto los que se necesiten hasta completar la legítima del heredero forzoso del sustituído, impone la concurrencia de la sucesión *ab-intestato* con la testamentaria.

Estimamos, en resúmen, que el derecho de sustituir pupilarmente se limita á los bienes de que se hace heredero al hijo ó nieto, como en el Código de Méjico y en el de Portugal (y como en el Albertino, antecesor del vigente en Italia). Es, pues, la sustitución pupilar una facultad análoga á la vulgar, con la diferencia de permitirse al ascendiente nombrar sustituto, no sólo en el caso de no heredar el impúber, sino en el de heredar y morir antes de los catorce años. La ampliación es en el fondo análoga á la sustitución fideicomisaria condicional; y, á falta de otras causas finales, podemos ahora suponer, generalizando sobre todo lo que queda estudiado, que se ha concedido á los ascendientes, como beneficio del pupilo, á fin de que no les detenga, al nombrar á éste heredero, el temor de que, por su temprana muerte, pasen los bienes á determinado pariente, en sucesión *ab-intestato*.

Ahora bien: el ascendiente ¿podrá comprender en la sustitución pupilar todos sus bienes, ó sólo los de libre disposición? El padre, por ejemplo, ¿podrá nombrar sustituto en los que deja al hijo por legítima, ó sólo en los de que dispone espontáneamente á su favor?

Desde luégo es un principio general, que confirma y sanciona el art. 813, que sobre los bienes de legítima no se puede imponer sustitución de ninguna clase. Aquel artículo es general, y sin una derogación expresa del legislador, no podemos considerarle derogado.

Cierto es que, antes del Código, la sustitución pupilar abarcaba los bienes de legítima, no obstante estar sancionado en las leyes el respeto á los mismos, con igual rigor que el del art. 813; pero obedecía esta excepción á ser la sustitución pupilar un testamento del impúber. No había, pues, gravamen sobre la tima, ni se podía siquiera hablar de ésta; tratábase de un amento hecho por el padre á nombre del hijo, colocándose a situacion propia de éste, para el cual los bienes ya no te- n condición de legitimarios, sino de libres.

Pero convertida en testamento del padre, ó ascendiente, y

reducida á ser una ampliación de la sustitución vulgar, carece de toda razón que el facultado para sustituir pueda jugar con la legítima, dejándosela al pupilo con un carácter condicional que no autorizan el art. 813 ni los buenos principios. Por eso el Código de Méjico, como nuestro proyecto de 1851, establecen la limitación á los bienes de la parte libre; el silencio del legislador en el Código vigente no indica otra cosa que la precipitación y la falta de estudio con que se ha tratado de sostener una institución jurídica pasada ya á la historia teórica y prácticamente.

*
* *

Cuestiones varias: a) Edad para la sustitución.—«Otra susticion y a, que llaman en latin *pupillaris*, que quier tanto dezir como establescimiento, que es fecho tan solamente al moço, que es menor de catorze años, ó á la moça que es menor de doze años.» Los catorce años en el varón y los doce en la hembra, punto señalado como principio de la pubertad, eran por el derecho romano y por el fragmento que acabamos de copiar de la *ley 1.ª, tit. V, Part. 6.ª*, el límite á que llegaba la facultad del padre para sustituir pupilarmente á su hijo.

Vamos hablando muchas veces del impúber en este comentario para evitar rodeos, y siguiendo la costumbre impuesta por la legislación antigua; pero ya no es el plazo de la pubertad el que se tiene en cuenta para la sustitución pupilar. El Código se refiere expresamente á los «*descendientes menores de catorce años*», y, para mayor claridad, añade «*de ambos sexos*»; evitando que pueda dudarse de la modificación introducida. Responde esta modificación á las mismas razones por las que, en el artículo 663, se ha establecido la testamentifacción activa, que antes tomaba también su nacimiento en la pubertad, en favor de los mayores de catorce años, de uno y otro sexo. El Código en este punto ha respondido á las buenas doctrinas de la ciencia jurídica y de sus auxiliares, y nada tenemos que observar en la disposición.

b) Sustitución de los hijos emancipados.—Ocurría hast publicación del Código la duda de si podía sustituirse pupi mente á los emancipados en determinados casos. Dados los té nos del art. 314 del Código, hoy solamente puede revivir

duda en cuanto á la mujer casada, y, por lo tanto, emancipada, mayor de doce años y menor de catorce. Pero la dificultad es ya de poca importancia. Quitada á la sustitución pupilar la relación que antes tenía con la patria potestad del ascendiente, el hecho de la emancipación no importa nada. La mujer casada, en esas condiciones, podrá ser, sin disputa, sustituída pupilarmente por el padre y por los demás ascendientes.

c) Sustitución de los hijos ilegítimos.—Sostenían los autores, interpretando la legislación de Partidas, que al hijo ilegítimo no podía nombrársele sustituto pupilar, porque faltaba en cuanto á él la patria potestad, que era condición inexcusable de esta sustitución.

Aunque el argumento de haberse concedido á los padres naturales la potestad no puede invocarse, porque, por efecto de la evolución de las ideas, la sustitución pupilar, más bien que sobre dicha prerrogativa, descansa ya sobre el afecto y acendrado cariño que la ley presume, y que de hecho existe, en los padres y los abuelos, esta misma base de la evolución despeja la incógnita respecto de la posibilidad jurídica de que los padres naturales puedan nombrar sustitutos á sus hijos reconocidos menores de catorce años. Por lo que atañe á los demás hijos ilegítimos podría iniciarse algún recelo, más bien por razón de moralidad, si no fuera porque, extendida á todos los ascendientes la facultad de nombrar sustitutos pupilares, el padre tiene entrada en el concepto de ascendiente, que se le reconoce en los artículos 139 y 140 del Código.

d) Sustitución del póstumo.—Para sustituir al póstumo en la legislación antigua se necesitaba una ficción de ley, mediante la que se le suponía como nacido antes del fallecimiento de su padre y sometido de hecho á la patria potestad. En la actualidad, es de todo punto indudable que puede ser sustituído sin necesidad de ficción legal alguna, puesto que la patria potestad ha dejado de ser requisito de la sustitución.

e) Sustitución del hijo desheredado.—Por último, se ocupaban los antiguos tratadistas en si podía ó no podía ser sustituido pupilarmente el hijo á quien se desheredaba. Cuestión es ésta que resolvieron el derecho romano y las Partidas en sentido afirmativo; porque, no limitada la sustitución pupilar á los bienes del padre desheredante, sino comprensiva de todos los propios

del menor, y tratándose con ella de atender á los intereses del mismo por medio de un testamento que se suponia producto de su voluntad, no habia repugnancia en conceder al padre, al mismo tiempo que el derecho de imponer al hijo la desheredación, el de nombrarle sustituto pupilar para todos los demás bienes de su pertenencia. Como acto, por otra parte, de tutela, ó si se quiere, de ejercicio de la patria potestad, su realización por parte del padre ó de la madre era independiente de la cualidad de heredero suyo que correspondia al hijo.

Pero hemos manifestado nuestro juicio de que el espíritu del Código limita hoy la sustitución pupilar á los bienes del ascendiente que la ordena; y, como consecuencia de esto, si el padre que deshereda á su hijo le nombra un sustituto pupilar, no habrá manera de que la designación de éste llegue á tener eficacia, por falta de bienes á que llamarse con derecho. No es, pues, precisamente que la sustitución pupilar del ascendiente que deshereda sea nula, sino que carece de consecuencias prácticas para el sustituto.

Esta cuestión resulta ahora, aunque á la inversa, la misma de si es necesario nombrar heredero, en todo caso, al sustituido pupilarmente. Lo mismo se resuelve una cuestión que la otra. Si el abuelo, por ejemplo, sin hacer á su nieto heredero, limitándose á dejar su herencia á los hijos, nombra á dicho nieto un sustituto pupilar, el nombramiento carece de efecto, por no haber bienes del ascendiente que puedan pasar á poder del sustituto.

Ahora bien: si no necesario, es útil que indiquemos que, en el caso de desheredar á un hijo su padre, ó á un nieto su abuelo, privándole, por consecuencia, de la parte legítima, si le dejara, sin embargo, heredero de la de libre disposición, caso raro, más no imposible, la sustitución pupilar tendría efecto naturalmente en cuanto á la porción que el desheredado percibiera.

*
* *

Formas de la sustitución pupilar.—Llegamos con esto á las formas en que puede ser ordenada la sustitución pupilar.

De la vulgar sabemos que tiene dos formas principales: presa y tácita. Ambas se dan también en la pupilar.

La fórmula de la sustitución pupilar expresa es ésta: *si haeres erit et ante (ó infra) pubertatem decesserit;* si fuere heredero y muriere antes de llegar á la pubertad.

Ejemplo que daba de esta forma de sustitución pupilar la *Instituta* de Justiniano: «*Titius filius meus mihi haeres esto, et si haeres erit, et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Seius haeres esto.*» «Sea mi heredero mi hijo Ticio; y si lo fuere y muriese antes de haber llegado á su propia tutela, sea heredero Seyo...» Es claro que este ejemplo se puede multiplicar hasta lo infinito.

Añadían luego las *Instituciones* las fórmulas de la sustitución pupilar en el caso de desheredación del hijo por el padre ó el abuelo que le tenía en la patria potestad Pero es inútil ya hablar de esta fórmula, cuando está demostrado que no caben juntas la sustitución pupilar y la desheredación, por referirse aquélla á la parte de que puede disponer, mientras ésta afecta exclusivamente á la legítima.

Supuesto, pues, que no hay más que una forma expresa, ¿se entenderá que en esta sustitución pupilar va comprendida la vulgar tácita? El testador ha nombrado á Pedro sustituto pupilar de su hijo. Si este hijo no llega á ser heredero por cualquier causa, y, en su consecuencia, falta la razón del sustituto pupilar, ¿podrá Pedro, sin embargo, entrar á la herencia del que le designó, como si le hubiera nombrado sustituto vulgarmente?

Esta cuestión, que en los tiempos de la República romana dividió mucho á los jurisconsultos, y aun en la época imperial, vino á ser resuelta por una *Constitución* de Marco Aurelio, trasladada al Digesto, y conforme con la opinión afirmativa de Modestino y otros autores. En aquella Constitución se decidió rotundamente que siempre que el testador expresara un solo caso, bien el del ser heredero el hijo y morir antes de la pubertad, bien el de no llegar á ser heredero, se entendieran comprendidas las dos sustituciones, vulgar y pupilar.

Se ha tenido como muy razonable esta disposición por los autores, atendiendo, como manifiesta Morató, á que «si el sustituto, según la voluntad expresa del padre testador, había de recibir dos herencias, á saber: la de éste y la de su hijo, una vez que se cumpliera la condición de la sustitución pupilar, *si haeres erit et infra pubertatem decesserit*, era justo que por lo menos

recibiera una de ellas, ó sea la del padre, cuando por el abstenimiento del hijo y consiguiente cumplimiento de la condición de la vulgar, *si haeres non erit*, hubiera caducado la sustitución pupilar.»

Las Partidas también se decidieron por la afirmativa, según la interpretación de los expositores, porque admitieron en la *ley 5.ª, tít. V de la Partida 6.ª* la sustitución pupilar tácita como comprendida en la vulgar expresa, y se interpretaba *a sensu contrario* haber admitido del mismo modo la vulgar tácita en la pupilar expresa. Así, en efecto, ha venido entendiéndose y afirmándose con unanimidad hasta la publicación del Código; y así podríamos nosotros afirmarlo sin otro comentario si no fuera porque, en apariencia al menos, la voluntad del testador no se respeta debidamente autorizando tal ampliación.

Efectivamente, la sustitución pupilar es como una institución de heredero hecha con la condición de que el nombrado sustituto no pueda entrar á la herencia sino cuando después de adida por el instituído, llegase el caso de fallecer éste antes de la pubertad. El Código no determina expresamente el primer término de esta doble condición, ó sea, el de que el instituído haya de recibir la herencia. Lo creemos, sin embargo, así, y lo hemos aceptado como base de nuestras argumentaciones anteriores, *primero,* porque tal es el resultado de los precedentes históricos de la sustitución pupilar; *segundo,* porque el Código fija la edad de catorce años como término de la sustitución, ó sea, la edad en que el sustituído adquiere la capacidad de hacer testamento y disponer por sí mismo de los bienes, para lo cual se parte necesariamente de la base de que los bienes ya están adquiridos; y *tercero* y último, porque si no se necesitara la cualidad de heredero efectivo en el sustituído, esto es, si se considerase como sustitución propia del presente artículo lo que consistiese sólo en nombrar una persona para sustituir á otra, en el caso de no aceptar ésta la herencia y fallecer antes de los catorce años, lo cual es una forma evidente de la sustitución vulgar, resultarían dos artículos, el 774 y el 775, para una sola disposición de ley.

Pues bien: la condición doble que lleva envuelta la sustitución pupilar, de llegar á ser heredero el descendiente y fallecer antes de los catorce años, queda violentada desde el momen

que se extiende el caso de esta sustitución al de la vulgar, puesto que donde el testador dijo: «*quiero que sea mi heredero, y que si llega á serlo*», etc., se le hace después decir: «*quiero que sea mi heredero, y que en caso de no llegar á serlo...*» Es decir, todo lo contrario de lo que manifestó el testador.

Lo que hay es que, realmente, el fondo de la sustitución pupilar consiste sólo en la previsión de que el nombrado heredero no llegue á estar en condiciones de disponer de sus bienes por sí mismo; y en este sentido, tanto se cumple el fin del testador llegando el sustituído á ser heredero y muriendo antes de los catorce años, como no llegando á serlo; porque en ambos supuestos falta la capacidad de disponer. Quizá no habría violencia en admitir que el caso de la sustitución pupilar es lo más, con relación á la vulgar, y en hacer aplicación, por lo mismo, del axioma jurídico por el que se entiende que en lo más va comprendido lo menos.

Por otra parte, de cualquiera manera que se mire la cuestión, no puede resultar, de la aplicación de la sustitución pupilar á la vulgar, ninguna consecuencia que no corresponda por igual á las dos, y que no entré de igual modo en los cálculos con que el testamento se hizo. La consideración que movió al ascendiente á nombrar á determinada persona como sustituto con preferencia á los parientes legítimos del sustituído, existe lo mismo en ambos casos. Nadie podrá dolerse de que, al entrar á la herencia el sustituto pupilar en concepto de vulgar, adquiere una preferencia extraña á la concedida por el testador. Podría, sí, haber sucedido que fuera capricho de éste el de nombrar un sustituto para el solo caso de aceptar la herencia el instituído, y no para el de no aceptarla; capricho que no debiera impedirse razonadamente. Pero no hay derecho para suponer, en materia de interpretación jurídica, que obedece á broma lo que se manifiesta en serio por los hombres en sus actos y contratos.

Por estas consideraciones, creemos que, aun sin ser rigorosamente legal, puede admitirse fácilmente, como comprendida — la sustitución pupilar expresa, la vulgar tácita; y del mismo ›do, en la pupilar tácita de la primera de las dos especies á e á continuación vamos á referirnos.

Como se habla de dos formas expresas de la sustitución pupi- r se habla también de dos tácitas. De dos maneras podía ha-

cerse *calladamente* esta sustitución, según las Partidas. Una cuando dijese, por ejemplo, el testador: «*establezco por mio heredero á fulano mio fijo, que es menor de catorce años, e a fulano e a fulan, mis amigos, y mando que cualquier que sea mi heredero lo sea de mio fijo.*» Este ejemplo no presenta dificultad verdadera, porque lo único que se trata de demostrar con él es que, sin necesidad de usar la fórmula pura de la sustitución, comprendida la voluntad del testador en este sentido, la sustitución debe ser válida. No hay para qué citar ejemplos de los infinitos que de esta clase caben, por cuanto el Código ha consignado el principio (art. 675) de que la intención del testador es ley en la materia de testamentos, por encima de los resultados de la expresión gramatical, autorizando, por lo tanto, la validez de toda sustitución pupilar que resulte haberse querido hacer por el testador, cualquiera que sea la forma de expresión adoptada por él.

El segundo ejemplo de la sustitución pupilar tácita es el de la vulgar expresa. «*Fago mio heredero a fulano mio fijo, e si non fuere mio heredero este mio fijo establezco en su lugar por mio heredero a tal ome.*» La fórmula es, como se ve, de sustitución vulgar: «si no fuere heredero.» Las Partidas consideraban, sin embargo, que en este caso iba comprendida también la sustitución pupilar del hijo.

Aquí no cabe dudar como en el caso de la sustitución vulgar tácita comprendida en la pupilar expresa, de la inteligencia que corresponde á la disposición de las Partidas, por ser muy clara la expresión del texto. Pero tampoco es esta una cuestión que puede darse desde luego por completamente decidida, hasta considerarla, como la consideraron los jurisconsultos, tan clara, que se dijo de ella en el Digesto que estaba fuera de toda discusión: *positum est extra omnen controversiam.* Había en el Derecho romano, como en el antiguo nuestro, una consideración especialísima para que la cuestión fuera discutible: la de que no se trataba sólo, en la sustitución pupilar, de los bienes recibidos por el impúber de aquel que le nombraba heredero, sino de los que le pertenecían de cualquier otro modo. Por secuencia, cuando el padre, facultado para nombrar sust pupilar, le nombraba solamente vulgar, la interpretación l obligaba á suponer que había querido dejar libres, para la

sión *ab-intestato*, los bienes propios del pupilo, y se violentaba muchísimo, por lo tanto, la voluntad del padre haciéndole responsable, contra sus manifestaciones expresas, de la exclusión de los parientes legítimos.

En la actualidad, según lo antes demostrado, no existe esta razón para oponerse al criterio de los jurisconsultos; pero tan discutible sigue la cuestión, tan dentro se halla del terreno de las controversias, que nosotros mismos, que no hemos tenido inconveniente en aceptar, como comprendida en la sustitución pupilar (tácita ó expresa), la vulgar tácita, nos resistimos á la admisión del viceversa.

El argumento del respeto á la voluntad del testador procede lo mismo en un caso que en otro, pudiendo aplicarse al de que tratamos ahora cuanto en el antecedente hemos expuesto sobre el carácter condicional de la institución hereditaria que llevan en sí todas las sustituciones, y sobre la violencia que se imprime á la voluntad del testador, haciéndola salir de sus expresos términos. Pero, por otra parte, las razones de equidad y los motivos de hermenéutica que inclinan favorablemente el ánimo en aquel caso, ó faltan en éste, ó se revuelven contra él.

Un sencillo ejemplo nos demostrará que, en la ampliación de la sustitución vulgar á la pupilar, se violenta la voluntad del testador mucho más que en el caso contrario.

A, testador, tiene un hijo, *B*, y un nieto, *C*, procedente de otro hijo, ya fallecido. Existe además la madre del nieto, *D*. Supongamos que *A* nombra heredero en la parte de libre disposición á *C*, ordenando que, en caso de llegar á serlo y fallecer antes de los catorce años, le sustituya *X*. Desde luego, en este caso, el principal propósito del testador es excluir á *D*, madre de su nieto, á quien corresponde heredarle *ab-intestato;* pero indirectamente lleva también el propósito de excluir á *B*, puesto que parte de la hipótesis de que *C* llegue á heredarle, y ni aun ese supuesto permite que el día mañana *B* herede á *C* como pariente *ab-intestato*. Pero en el caso contrario, en el de que *A* nombre heredero á *C*, y le sustituya vulgarmente con *X*, el único pro-
to de *A* es excluir á *B*, á quien correspondería la herencia,
) de no poder ó querer aceptarla *C;* pero no manifiesta indi-
amente ninguna tendencia á excluir á *D* de la sucesión de
ijo, caso de llegar á ser heredero. Es decir: el sustituto pu-

pilar *X*, en la primera parte del ejemplo, puede creerse preferido en la voluntad del testador á *B* y á *D*, y entrar á la herencia como vulgar; pero el sustituto vulgar *X*, en la segunda parte, sólo se puede considerar preferente á *B* en el ánimo del testador, porque éste calló en cuanto á la sustitución pupilar, dando á entender implícitamente, antes que animadversión á *D*, confianza en las condiciones de ésta para heredar á su hijo.

Por consecuencia, al considerar como vulgar la sustitución pupilar, no se hace otra cosa que cambiar el aspecto de la voluntad manifestada, tomando como expresión del testador lo que evidentemente quiso decir, aunque no lo dijo. Por el contrario, para la aplicación inversa, se necesita llevar la voluntad del testador á un terreno desconocido, y suponer que quiso decir lo que pudo ó no haber dicho. Lo primero se justifica por la razón de que en lo más va comprendido lo menos, y en el todo la parte: lo segundo, en cambio, debe rechazarse, *a sensu contrario*, porque en lo menos no va comprendido lo más.

Hay, además, en la forma de la redacción del Código motivos sobrados para confirmar este juicio. En primer lugar, hemos visto en el comentario del art. 744 que la expresión de un caso de sustitución vulgar no comprende los otros. ¿Cómo, por lo tanto, podría comprender el caso de la sustitución pupilar, de índole mucho menos análoga? En segundo lugar, el art. 775 es como una ampliación del 774, no sólo por el fondo, sino por la forma. Leídos uno tras del otro, en el orden de su redacción, se advierte que el art. 775 sirve como de complemento al 774, concediendo una facultad especial para sustituir. Y ¿á qué vendría la redacción de un artículo especial para la sustitución hecha por los padres y demás descendientes, si el legislador creyera que bastaba la sustitución vulgar del art. 774 para producir el resultado á que aspira en el 775?

Resumiendo todo lo dicho en este apartado, podemos ya afirmar que hay una sustitución *pupilar* expresa y otra *tácita*, cada una de las cuales admite infinitas formas de expresión. Que en la sustitución pupilar expresa ó tácita, puede considerarse comprendida la vulgar, en su forma tácita. Que no cabe, en cam tener como sustitución pupilar tácita la vulgar expresa ó tá mente ordenada.

***

Capacidad del sustituto.—El sustituto pupilar llega á la herencia del mismo modo que los demás herederos, y por lo tanto, debe también estar adornado de las condiciones de capacidad que se hallan establecidas para los últimos. En la legislación anterior al Código, el sustituto pupilar entraba como heredero por una parte, del que le nombraba, y por otra, del impúber á quien la sustitución se refería. Eran, pues, dos herencias; y se suscitaba la duda de si necesitaba el sustituto tener capacidad para las dos.

Llama la atención que los mismos autores que sostenian como sustitución vulgar tácita la pupilar expresa, considerasen, sin embargo, que en el caso de ser el sustituto capaz de suceder al testador y no al pupilo, se debia excluirle de las dos herencias; porque esto era una contradicción patente de su propia doctrina, con arreglo á la cual, después de publicada la ley del *Ordenamiento,* que permitia morir en parte testado y en parte intestado, era lógico que el sustituto recibiera los bienes del testador, como vulgar, pasando los propios del pupilo á la sucesión intestada.

En relación con esta duda, estaba también la de si el sustituto podía aceptar una de las dos herencias y rechazar la otra, de lo que se ocupaba la *ley 8.ª, tit. V, Partida 6.ª*, distinguiendo tres casos, y declarando en resumen que era indispensable en el sustituto la aceptación de las dos herencias, ó la renuncia también de las dos.

Ninguna de estas cuestiones puede presentarse en la actualidad, por cuanto recibiendo el sustituto pupilar únicamente los bienes del que le designa, y no los propios del pupilo, ni cabe hablar de capacidad para recibir dos herencias, ni de posibilidad para la aceptación de una y la renuncia de otra. Juegan, sin embargo, papel en la sustitución pupilar dos distintas personas: el testador, de quien recibe el sustituto la facultad de entrar á la herencia, y el pupilo, á quien viene á heredar directamente por su fallecimiento antes de los catorce años. Es heredero di-:to del pupilo: es heredero también, aunque indirectamente, l testador, puesto que de los bienes de éste se trata, y puesto ıe á él se debe el nombramiento. ¿Necesitará, en su virtud, el stituto pupilar tener capacidad respecto de ambas personas, y incapacidad en relación con una le privará de la herencia por

completo, ó bastará que pueda ser heredero de una de las dos, cualquiera que sea su situación respecto de la otra?

Rigorosamente entendida la sustitución pupilar, bastaría con ser capaz de suceder al sustituído, que es á quien se hereda. Pero como para el testador esta sustitución es una ampliación de la vulgar, un nombramiento de segundo heredero, no sólo para el caso de que no pueda ó no quiera aceptar el primeramente instituído, sino para el de que, aceptando y recibiendo la herencia fallezca antes de la edad en que podría disponer de sus bienes, no puede menos de referirse la capacidad del sustituto á la personalidad del testador, y de considerarse tan necesaria con respecto á él como respecto del pupilo.

*
* *

Extinción de la sustitución pupilar.—¿Por qué causas cesa la sustitución pupilar? Merecen indicarse, entre las que mencionan los tratadistas antiguos, tres:

1.ª La de salir el hijo de la patria potestad.

2.ª La de morir antes que su padre.

3.ª La de nacer otro hijo al testador después de hecha la sustitución.

Todas las demás son consecuencias evidentes de los caracteres que hemos asignado á la *substitutio*.

Indudablemente, la primera de estas causas ha desaparecido, puesto que ya no es condición precisa la patria potestad. La adopción del hijo, y del mismo modo la privación de la patria potestad por sentencia de los Tribunales, no afectan á los derechos sucesorios; no quitan tampoco al padre su cualidad de ascendiente, en iguales condiciones, por lo menos, que cualquiera otro, y no son, en fin, obstáculo para la sustitución pupilar.

¿Y el hecho de morir el hijo antes que el ascendiente que ordena la sustitución? Para poder entrar á la herencia en este caso el sustituto pupilar, falta la condición impuesta por el testador de haber de llegar á ser heredero el sustituído. Por esta razón, los tratadistas lo consideraban causa decisiva de hacer cesa sustitución pupilar. Sin embargo, esta conclusión contradic de comprenderse la vulgar tácita en la pupilar, por ser dir consecuencia de ésta que, muerto el descendiente antes qu testador, el sustituto pupilar queda convertido en vulgar

nos obliga la lógica á reconocerlo, si hemos de ser consecuentes en nuestros propios juicios.

El nacer otro hijo al testador, después de ordenada la sustitución pupilar, era causa también de la terminación de la misma, según la ley de los citados título y Partida. Actualmente no debemos considerarla como tal; *primero*, porque no comprende todos los bienes del pupilo, sino los de que el ascendiente dispone en su favor, no afectando, por lo tanto, á la legítima del nuevo hijo; y *segundo*, porque el respeto que se deba á éste en la herencia del sustituído está salvado ya por el art. 777, que obliga á reservarle la cantidad que por legítima se le deba en los bienes todos que constituyan la herencia del impúber.

ART. 776. El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón.

Concordancias. - Semejante al art. 777 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 11, tit. V, Partida 6.ª*— Exemplar sustitucion diximos que es aquella que pueden fazer los padres, e las madres a sus fijos que son locos, o sin memoria: e fazese en esta manera diziendo assi: Establezco por mio heredero a fulano mio fijo, e si muriere en aquella locura en que agora es: establézco por su heredero en su lugar a fulano ome. Pero si este loco a quien dan el sustituto ouiere fijo o nieto: o alo de los otros que descienden por derecho liña del, deuenlos situir en su lugar, e non otros. E si alguno destos non ouiere, nce le pueden dar sustituto a su hermano, si lo ouiere: e on ouiere hermano puedenle dar por su sustituto otro eslo. E tal sustitucion como esta es dicho ejemplar, porque es

fecha a semejanza, e a exemplo de la pupilar. Ca assi como al moço menor de catorze años, dan sustituto, porque non ha entendimiento de fazer testamento, si muriere en tal tiempo por esta misma razon le pueden dar al loco, o al desmemoriado, e si muriere en la locura aura el sustituto todos los bienes del. Pero tal sustitucion como esta se puede desfazer en tres maneras. La primera es, si quando aquel a quien dan el sustituto, es desmemoriado, e despues desso torna en su memoria. La segunda es, quando le nasce fijo ó fija. La tercera es, si aquel que la fizo, la reuoco por otro testamento que fizo despues.

COMENTARIO.—*Indicación general.*—Comentar este artículo equivale á estudiar la sustitución ejemplar. La facultad de nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental, es, en efecto, lo que desde el derecho romano se conoce con los nombres de *sustitución ejemplar* y *cuasi-pupilar*. Cuasi-pupilar, porque en su naturaleza y consecuencias es á modo de la pupilar; ejemplar, porque se introdujo á ejemplo y semejanza de ésta.

En sus orígenes, la gracia de testar á nombre del enajenado constituía un privilegio que había de solicitarse y obtenerse del Emperador. Más adelante se autorizó por una *Constitución* de Justiniano como medida general, y de aquí también tomó el nombre de sustitución justiniánea.

Puede decirse que más que dos sustituciones, la pupilar y la ejemplar, son dos aspectos de una sustitución sola. El fin histórico de una y otra ha sido el mismo: atender al cuidado de los intereses de las personas no capacitadas para disponer por testamento, y sustituirse á su voluntad, testando á nombre suyo. Todo lo que hemos encontrado en la sustitución pupilar de incompatible con los principios jurídicos modernos del orden de la familia y del de la sucesión hereditaria, con especialidad del último, son exactamente aplicables á la sustitución ejemplar. También esta sustitución ha desaparecido de los Códigos modernos, á excepción del de Portugal y del de Méjico, como la anteriormente estudiada. En estos dos Códigos, la sustitución ejemplar como la vulgar y la pupilar, aparecen designadas con el nombre histórico con que se conocen; en el nuestro se ha suprimido

nombre de ejemplar, lo mismo que el de las otras. Procede ahora que nos ocupemos solamente de las especialidades de esta sustitución ejemplar.

*
* *

Facultad de todos los ascendientes para nombrar sustituto ejemplar.—La primera de estas especialidades, en el derecho antiguo, era la de poderse sustituir á los incapacitados por cualquiera de sus ascendientes; mientras que á los impúberes de la sustitución pupilar sólo se les sustituía por el padre. Justiniano dejó en el silencio los motivos en que se fundara para dictar aquella disposición; los jurisconsultos establecieron después que, á diferencia de la sustitución pupilar, emanación y consecuencia del poder paterno, la ejemplar se fundaba en la naturaleza; que no era una institución de derecho civil, sino exclusivamente «de humanidad, de afecto, de piedad y de tutela de los parientes». Esta diferencia de la legislación antigua ha desaparecido desde el momento en que la sustitución pupilar se ha hecho facultad también de todos los ascendientes, por una ampliación de la vulgar, fundada en un beneficio del pupilo.

Concurrencia de varios sustitutos ejemplares.—Aquí se presenta de nuevo la cuestión, tratada en el precedente comentario, de la concurrencia de varios sustitutos, nombrados por distintos ascendientes. ¿Se les preferirá por grados? ¿Se considerarán igualmente respetables todas las sustituciones? ¿Se entenderá, como opinaban algunos antiguos jurisconsultos, que es preferible el sustituto designado por el ascendiente fallecido en último lugar? Sobre todo esto, tenemos ya hechas indicaciones suficientes en el mencionado comentario, al que nos remitimos por entero.

Hemos afirmado, pasando á otro punto, que la sustitución pupilar, y del mismo modo ahora lo afirmamos en cuanto á la ejemplar, no concede á los ascendientes otro derecho que el de la sustitución hecha vulgarmente, y que si la ley las autoriza con separación, débese sólo á tratarse en un caso de que el stituído no llegue á heredar, y, en el otro, de que, habiendo ido heredero, no se halle en condiciones de disponer por sí ismo de los bienes heredados. Es decir, que no se ha propuesto l legislador conceder á los ascendientes carta blanca para que

puedan dar á los bienes propios del sustituído el destino que su capricho les sugiera, lo cual hubiera sido una desmedida ampliación, contradictoria de los principios admitidos por el Código, de la facultad que les correspondía en el derecho antiguo, sujeta al nombramiento forzoso del hijo, del hermano y de la madre como sustitutos; sino que semejante facultad queda reducida al nombramiento de sustituto para los bienes en que se designa por heredero al sustituído.

Sosteniendo la opinión de que los sustitutos ejemplares tienen derecho á percibir todos los bienes de la herencia, como sucedía hasta la publicación del Código, cabría dudar si, en concurrencia de varios sustitutos, son posibles entre ellos las diferencias por el grado. Contra esto nos hemos decidido ya en el comentario del artículo anterior. Tampoco procede estudiar si en el caso de ser admitidos todos á la vez á la adición de la herencia, el resto de los bienes, una vez adjudicada la parte correspondiente á cada uno por el origen de su nombramiento, se habría de dividir entre ellos por igual, ó, como parece más lógico, en proporción á sus participaciones respectivas, puesto que estimamos que cada sustituto de los que se nombra al incapacitado debe recibir solamente la parte de la herencia que proceda del ascendiente respectivo, pasando á la sucesión *ab-intestato* los que no quepa adjudicar en ese concepto.

***

Cuestiones varias: a) Edad para la sustitución ejemplar.— Según el Código, esta sustitución sólo puede hacerse á los mayores de catorce años. De esta manera se completa con la sustitución pupilar el cuadro de los incapacitados para hacer testamento, evitándose de paso las discusiones que los expositores sostenían antes sobre poder ó no el padre sustituir ejemplar y pupilarmente á la vez al hijo impúber y enajenado, y sobre si una de las dos sustituciones era suficiente para comprender la otra.

b) Incapacidad determinante de la sustitución ejemplar.— Es de notar que el Código ha reformado en este punto, de manera muy marcada, la doctrina corriente sobre las incapacidades que eran objeto de la sustitución ejemplar. De la palabra *mente captos* que usaron las Partidas, se había ido á la de

riosos, después á la de fatuos, y, por fin, á la de sordo-mudos y pródigos. Todos estos casos entraban en el motivo de la sustitución. El artículo, con perfecta lógica, ajusta su disposición á la en que se determinan las incapacidades para testar, y limita la sustitución á los enajenados mentalmente. Pero como los redactores de nuestro Código se juramentaron, por lo visto, para hacer las cosas á medias, dejando abierto siempre un portillo á la duda, nos encontramos en este art. 776 con las siguientes palabras, propicias á la confusión y á la incertidumbre: «*que conforme á derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental.*»

Si el menor de edad, precisamente por su falta de desarrollo mental y consiguiente incapacidad, se halla sometido á la potestad paterna; si, según el art. 213, la declaración de incapacidad sólo puede hacerse en perjuicio de los locos, dementes y sordo-mudos *mayores de edad;* si no hay más que dos términos: la potestad patria ó la tutela, y sólo para la constitución de esta última exige la ley la previa declaración de incapacidad, ¿qué es lo que ha querido significar el artículo que comentamos con la frase que hemos subrayado? ¿Acaso que la sustitución ejemplar se contrae á los mayores de edad? Sostener esto sería temerario, porque el mismo art 776 autoriza la sustitución de los mayores de catorce años ¿Querrá decir que aun tratándose de menores hay que promover expediente, constituir un consejo de familia, escucharlo y declararlos incapaces? Autores hay que sostienen este criterio, aun á riesgo de ponerse en contradicción con las teorías fundamentales de la patria potestad y de la tutela y con lo que, en consonancia con los principios que de estas últimas dimanan, declara el art. 213. ¿Será que el Código en el precepto que nos ocupa ha establecido, como por vía incidental, una declaración específica de incapacidad para testar, distinta de la incapacidad genérica para administrar á que se refiere el artículo antes citado 213? Y si es así, ¿cómo formular una declaración absoluta que puede ser contradicha y destruída por la presencia del *intervalo lúcido?* ¿Quién es capaz de decidirse con rto ante estos tres atajos que la interpretación ofrece?

osotros creemos que hay una carretera real, no indicada amente por el Código, pero sí marcada por el más elemencriterio jurídico, y por ella nos decidimos. Condensando nuesensamiento, presentamos las siguientes conclusiones:

Primera. El padre ó la madre, por su propio derecho, y sin necesidad de promover expediente de declaración de incapacidad, pueden nombrar sustituto ejemplar á su hijo mayor de catorce años, pero menor de veintitrés, que padezca de enajenación mental.

Segunda. Llegado el hijo demente á la mayor edad y emancipado de derecho, sus padres y ascendientes necesitarán, para sustituirle ejemplarmente, obtener la declaración de incapacidad á que se refiere el art. 213.

Tercera. En el primer caso, los herederos legítimos del sustituído podrán impugnar la validez de la sustitución, probando plenamente que cuando el ascendiente sustituyó á su descendiente, gozaba éste de plena capacidad.

Resuelta ya esta cuestión conviene observar que no es lo mismo el caso del que habitual ó accidentalmente no se halla en su cabal juicio, como expresa el art. 663, que el de quien ha sido declarado incapaz por una sentencia de los Tribunales. Entre ambos estados hay una situación intermedia, es á saber: la del mayor de edad demente, pero cuya declaración de incapacidad no se haya formulado todavía judicialmente, en cuya situación de verdadera interinidad, no hay medio directo utilizable de otorgar el beneficio de la sustitución ejemplar. El derecho tiene, sin embargo, medios suficientes para reparar el mal en la mayoría de los casos, por medio de la institución hereditaria bajo condición; y de todos modos, no puede verse con disgusto que por el Código se trate de evitar el grave inconveniente de que los particulares estén en condiciones de dar carácter jurídico á la enajenación mental de una persona antes de decidir sobre este punto los Tribunales de justicia.

c) *Sustitución ejemplar del hijo desheredado.* — ¿Cabe la sustitución ejemplar del hijo desheredado? Para ser consecuente con nuestra teoría, hemos de creer que no, ó mejor aún, que esta sustitución no afecta consecuencias prácticas. Sólo sería útil cuando el padre ó el ascendiente que hicieran la desheredación pudieran dar á la sustitución ejemplar el alcance, que no tiene de comprender la totalidad de la herencia del incapacitado.

* * *

Insubsistencia ó extinción de la sustitución ejemplar.— Por excepción, en el artículo presente, se ocupa el Código de uno de los modos de cesar la sustitución autorizada en el mismo. «Queda sin efecto, dice, por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón.» En las Partidas, el único caso análogo á éste, de término de la sustitución ejemplar, era que el loco ó el desmemoriado recobrara la razón ó la memoria. Es dudoso si el legislador en este art. 776 quiso confirmar el criterio antiguo de las Partidas y de los expositores, como claramente lo confirma el artículo 3.628 del Código de Méjico. Podría considerarse por alguien que la frase *ó después de haber recobrado la razón* es por sí misma complemento directo de la oración gramatical, y no término parcial de un complemento doble; esto es, que no se refiere al *testamento del incapacitado,* sino al *quedar sin efecto.* La oración, por este criterio, se dividiría en las dos siguientes: 1.ª La sustitución... quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido. 2.ª La sustitución... quedará sin efecto después de haber recobrado la razón. Sin embargo, la mala construcción de esta segunda parte, y, por otro lado, la relación que guarda el adverbio de tiempo *después* con el *durante,* con evidente referencia al participio *hecho,* nos deciden á creer que el legislador, con intención ó sin ella, y con fundamento ó sin él, ha reformado el criterio de las Partidas.

Necesario es, pues, á nuestro juicio, legalmente, para que la sustitución quede extinguida, el testamento hecho por el incapacitado, ya sea antes de recobrar la razón, pero en un intervalo lúcido, ó ya sin distinguir de intervalos, pero después de recobrada la capacidad. Advirtamos ahora que para la posibilidad de otorgar el testamento, aun después de recobrada la razón, es suficiente con acreditar ante el Notario la lucidez del intervalo; pero que, aun hecho el testamento sin este requisito, sería válido y anularía la sustitución ejemplar, sin necesidad de declaración judicial previa, pudiendo probarse el hecho de haber recobrado la razón el incapaz.

Quédannos todavía por disipar algunas dudas. Primeramente: ¿será válida la sustitución ejemplar del enajenado cuando exista un testamento anterior de éste, hecho en estado de salud, donde designe su futuro heredero? Ya se ocupaba Antonio Gómez

de esta dificultad en la legislación antigua, y sostenía que, no invalidándose el testamento por la enajenación mental sobrevenida después, faltaba la razón de sustituir, ó sea, la de no poder designar heredero el enajenado. Esta razón es realmente muy poderosa. Cabe oponer que la sustitución ejemplar, como la pupilar, es una institución de heredero condicional, en la que, por encima de la fórmula jurídica de otorgarla, la voluntad del testador se compendia en estas frases: «*nombro heredero á mi descendiente Juan, y si no recobrase el juicio antes de su fallecimiento y designase un sucesor, quiero que mis bienes los herede Francisco.*» Por lo tanto, no parece que la condición se cumple debidamente, aceptando por sucesor de Juan al nombrado antes de la enajenación. Sin embargo, el rigor jurídico obliga á tener por heredero á Juan sin sujeción á condiciones, y adquiridos como son por él de una manera definitiva los bienes del ascendiente, deben pasar al heredero que nombró con anterioridad á la pérdida del juicio.

Cualquier testamento hecho por el sustituido en un intervalo lúcido ó después de recobrada la razón, ¿hará cesar la sustitución ejemplar? El Código se expresa en términos generales: En su virtud, aun cuando el testamento del que haya recobrado su capacidad mental, no contenga institución de heredero y se limite á ordenar mandas y legados sin distribuir la totalidad del patrimonio, quedará sin efecto la sustitución ejemplar, y en su lugar se nos ofrecerá un caso corriente de herencia en parte testada y en parte intestada. Comprueba este criterio el caso en que el demente que una vez recobrado el juicio otorgase su testamento, dispusiese de todos sus bienes en mandas y legados; porque autorizado esto por el art. 891, habría que suponer que el testador quiso expresamente que el sustituido no fuese su heredero.

Todas las demás causas por que puede cesar esta sustitución, según los autores, carecen de importancia por ser evidentes con exceso. Figuran entre éstas la de anularse el testamento en que la sustitución se hizo, ó bien la de carecer esta disposición de las condiciones legales necesarias. La de nacer un hijo al loco después de su fallecimiento ó después de ordenada la sustituc ejemplar, está implícitamente suprimida, como la análoga artículo anterior, por el art. 777 del Código.

* * *

Desaparición de bienes del patrimonio del sustituído.—Para terminar, y expuestos ya los efectos de esta sustitución, se nos ofrece la duda, propia también de la pupilar, de cómo el sustituto ó los sustitutos recibirán los bienes de la persona que los designó, cuando hayan desaparecido del patrimonio del sustituído. ¿Se completaría en este caso la hijuela del sustituto, supuesto que los haya, con otros bienes de la herencia? En nuestro sentir, no. El incapaz ha sido heredero de los bienes; como tal heredero, ha podido disponer de ellos, y, por su falta de capacidad, han podido disponer las personas á quienes la ley encomienda la administración de sus intereses. El sustituto, por lo tanto, no puede reclamar otra cosa que el remanente de los bienes de que se trata, en cumplimiento rigoroso de la ley y en buena interpretación de la voluntad del testador. La determinación de la existencia de los bienes es luego una cuestión de puro hecho, propia del juicio de los Tribunales, y sobre la que no se pueden establecer reglas.

ART. 777. Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituído tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.

Concordancias.—Análogo al art. 778 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 11, tít. V, Partida 6.ª*—(Véause los *Precedentes* del artículo anterior.)

COMENTARIO.—Ni la sustitución pupilar ni la ejemplar pueden tener tal alcance que hagan pasar á manos extrañas los bienes del sustituído, existiendo herederos forzosos de éste. En la hipótesis más extrema de que la sustitución ordenada por el ascendiente fuera la voluntad propia del impúber ó incapacitado, verdadero testamento de éste, no sería posible, en manera una, que sus herederos forzosos quedasen privados del dere- que se les concede por la ley.

Sin necesidad de haber consignado el Código expresamente

este precepto, la interpretación sería siempre favorable al mismo resultado. El respeto á los herederos forzosos no podía ser desconocido en el caso de las sustituciones pupilar y ejemplar, sin una violencia de los principios del derecho hereditario, desprovista de toda justificación.

Pero los antecedentes del asunto obligaban á los autores del Código á una determinacion expresa, para evitar que resucitasen en la práctica las dudas á que se prestaba la legislación antigua, y para unificar los criterios con que eran resueltas por los autores y, en cierta parte, por las leyes. Este es, sin duda, el motivo de la disposición, y éste el sentido en que nosotros la aplaudimos sin reservas.

Por de pronto, la sustitución pupilar, como nacida, en parte ó en todo, del peligro de que los parientes llamados á la sucesión *ab-intestato* del impúber pudiesen atentar contra la vida de éste para apoderarse de la herencia, excluía desde su origen á los herederos forzosos del sustituído; contando naturalmente con que durante la impubertad, por no poder contraer matrimonio, no podía tampoco tener hijos legítimos que debieran necesariamente sucederle, y que, en consecuencia, sus únicos herederos forzosos eran los ascendientes, por no poderse hablar tampoco de los hermanos en concepto de tales cuando se suponía la falta de testamento y la consiguiente imposibilidad de preferencias á personas torpes.

Ha sido grave motivo de duda, después de publicadas las Partidas, si, conformes todos en que la sustitución pupilar cerraba las puertas de la herencia en general á los ascendientes del impúber, podía aceptarse este mismo criterio respecto de la madre.

La opinión casi unánime, antes de las *leyes de Toro*, la consideraba excluída, de igual modo que á los demás ascendientes, fundándose en la *ley 12, tit. V, Part. 6.ª*, según la cual, si es caballero «*aquel que la faze* (la sustitución), *e el fijo a quien dan el sustituto ha madre, si se muriere el moço ante de catorze años, e la fija ante de doze, estonces el sustituto heredara todos los bienes del; e la madre non aura ninguna cosa ende.*»

Á esto se opuso siempre, en el entendimiento de algunos risconsultos, la consideración de que la madre no era sospecl de atentar contra la vida del pupilo, y la de que «la equi clama eficazmente por los privilegios naturales y civiles d

maternidad». Pero aun más decisiva en este sentido fué la *6.ª de Toro,* por la que se vino á declarar que los ascendientes legítimos eran herederos forzosos de sus descendientes «en todos los bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de las heredar». Si bien esta frase última, *que hayan derecho de las heredar*, se seguía prestando á dudas, por no ser inverosímil que estuviera comprendido el sustituto pupilar entre las personas á quienes asistía ese derecho, la mayoría de los autores la interpretaba en el sentido de referirse á los descendientes legitimados, naturales y espúreos, y se hizo opinión corriente que la madre no podía ser privada de la herencia por el sustituto pupilar, al menos en la parte que la correspondía como legítima.

La sustitución ejemplar tenía historia más favorable á los herederos forzosos. En la *Constitución imperial* que la autorizó se hablaba ya, como después en la *Instituta* de Justiniano, de poder ser sustituídas al loco *ciertas* personas. Los jurisconsultos decidieron que estas personas habían de ser, necesariamente, los descendientes y los hermanos del incapaz; y así se estableció en la *Part. 6.ª, tít. V, ley 11.* «*Pero si este loco a quien dan el sustituto ouiere fijo o nieto: o alguno de los otros que descienden por derecha liña del, deuenlos sustituir en su lugar, e non otros. E si alguno destos non ouiere, estonce le pueden dar sustituto á su hermano, si lo ouiere.*

De todos modos, también en la sustitución ejemplar quedaban fuera los ascendientes; por esa razón, sin duda, de que no debía concedérseles derecho contra el sustituto ejemplar, cuando se les concedía la facultad de nombrarlo; aun siendo evidente, por el contrario, que el nombramiento de sustituto hecho por uno de los ascendientes no puede afectar á los otros sin cometer una injusticia, que en muchas ocasiones podía deberse á excitación de mala fe.

Finalmente, el Código, fiel á los principios de la sucesión en general y á las consideraciones morales que militan del lado de las personas en cuyo favor se ha establecido la herencia necesaria, declara terminantemente que ni la sustitución pupilar ni la ejemplar llevan consigo la consecuencia de privar á esas personas de sus derechos legitimarios.

¿Por qué no se habla de la sustitución vulgar en este caso, sino sólo de las permitidas por el 775 y el 776, ó sean, la pupilar y la ejemplar? En general, esto depende de que la sustitución vulgar se relaciona con la ineficacia del primer nombramiento de heredero, ya por no poder, ya por no querer éste aceptar la herencia. Si *A* instituye á *B* y le sustituye con *C*, ¿cómo los herederos de *B* podrán impedir la sucesión de éste, á título de herederos forzosos de aquél, si *B* no llegó á adquirir los bienes que dichos herederos solicitan? Hay una apariencia de excepción de esta doctrina en el art. 761, por el cual, si siendo *B*, en el ejemplo anterior, hijo ó descendiente de *A*, tuviera además hijos ó descendientes suyos, la sustitución en favor de *C* no podría privar á éstos de su derecho á la legítima. No constituye esto, sin embargo, una verdadera excepción, porque los herederos de *B* no entran á la sucesión de la parte legítima sino como herederos propios de *A* y, por lo tanto, el caso equivale, en cuanto á las consecuencias de la sustitución, á ser capaz *B* para recibir la parte legítima de la herencia de su ascendiente y no serlo para el resto.

El Código de Méjico (art. 3.627) y el de Portugal (art. 1.863) contienen disposiciones análogas á las del presente artículo, pero en las que se nota una diferencia importante. Según el primero, las sustituciones pupilar y ejemplar no son válidas «cuando el sustituído tiene herederos forzosos». Según el segundo, sólo lo son en cuanto á aquellos «bienes de que el sustituído podría disponer, no hallándose impedido al tiempo de su muerte». La tendencia es la misma, y los principios á que obedecen parecen ser también iguales; pero el alcance de una y otra de estas disposiciones es muy distinto.

Resulta, según el precepto aludido del Código de Méjico, que los sustitutos pupilares y ejemplares no perciben porción alguna de la herencia cuando concurren con herederos forzosos; mientras que, en las del segundo, se les permite recibir la parte que hubiera sido de libre disposición para el incapacitado en caso de serle posible testar. ¿Cuál de estas dos decisiones, la del Código de Méjico, ó la del de Portugal, que se copia en el nuestro, es más justa?

Indudablemente la del de Portugal y la del nuestro. Se trata de salvar el derecho de los herederos forzosos; pero limitado

derecho á la legítima, quedando siempre libre una parte de bienes en que se permite al testador el ejercicio de su voluntad libérrima, más que salvarle, lo que se hace es aumentarle considerablemente con la disposición que les concede el todo de la herencia. La hipótesis legal es que el sustituido, quisiera ó no quisiera, habia de dejar á esas personas la parte de bienes señalada por la ley; pero también lo es que de haber estado en condiciones de disponer por sí mismo, hubiera manifestado libremente su voluntad.

Luego si en la voluntad del incapacitado cabía que esos bienes pasaran á manos extrañas, y si, por otra parte, la voluntad del que le nombra sustituto es en cierto modo la suya propia, hay falta evidente de respeto á la voluntad testamentaria, y contradicción manifiesta de doctrina, puesto que se autorizan por un lado la sustitución ejemplar y pupilar, y se la hace, por otro, completamente inútil.

En el repetido art. 1.863 del Código de Portugal se añade también, corroborando nuestra opinión sobre el alcance de las sustituciones pupilar y ejemplar, que sólo son válidas éstas en cuanto á los bienes que tenga el sustituído procedentes de la persona que las ordenó. Esta es, en efecto, una exigencia imperiosa, aparte de las varias razones que hemos apuntado en los comentarios de los artículos 775 y 776, de la disposición del Código en que se deja á salvo la legítima de los herederos del sustituído. Vamos á hacerlo notar en un ejemplo de las circunstancias ordinarias de estas sustituciones.

A, incapaz de hacer testamento, posee un capital de 30.000 duros, y tiene un hijo, *B*, que debe forzosamente ser llamado á la herencia. En estas condiciones, *C*, ascendiente de *A*, le nombra su heredero en una parte de libre disposición, importante, por ejemplo, la cantidad de 3.000 duros; y de paso nombra sustituto ejemplar á *D*. De no haberse ordenado esta sustitución, el hijo de *A* recibiría íntegramente la herencia de su padre; el hecho de la sustitución, en cambio, le dejaría reducido á la porción de su legítima, viniendo á suceder que el aumento de 3.000 duros aportado al capital del padre sólo le servía para quedar reducida su herencia de 30.000 á 22.000 duros.

No diremos que esto sea opuesto filosóficamente á los principios del derecho, porque, al fin y al cabo, no se priva al hijo de

la parte que forzosamente le corresponde en la herencia de su padre, sino que, por el contrario, se elevan las dos terceras partes de esa legítima de 20 á 22.000 duros, á consecuencia del testamento del ascendiente. Pero los hechos tienen en este caso una fuerza abrumadora. *B*, el hijo de *A*, descansa en la confianza de que la incapacidad de su padre hará pasar á sus manos íntegro el capital reunido por éste; no es entonces equitativo ni humano que el hecho de una tercera persona disgregue en favor de un extraño una considerable porción de los bienes. De otro lado, la voluntad de *A* es desconocida; podría haber dispuesto libremente en favor de un extraño de la tercera parte de su patrimonio; pero podría también haber hecho su heredero al hijo. Una voluntad probable á favor del hijo se convertiría en voluntad segura contra él, si la sustitución ejemplar pudiera referirse á todos los bienes del enajenado.

Si se supiera positivamente que el fin de la ley era tal, no habría más remedio que aceptar sus consecuencias. Cuando el fin no se conoce sino en parte, como en este caso, ó cuando se desconoce por completo, las consecuencias de una disposición legal son el único medio para determinar el pensamiento del legislador: se procede por síntesis, no por análisis. La síntesis en este caso es opuesta á que el ascendiente turbe el orden que las circunstancias imprimen á la sucesión, con daño positivo de los herederos forzosos; porque el espíritu del art. 777 es favorable á la posición en que éstos se hallan colocados, y porque la equidad y la razón natural no pueden mirar con buenos ojos la consecuencia á que, como hemos visto, se llegaría en el caso contrario.

Quedamos, pues, en que el ascendiente sólo está facultado para nombrar sustituto en cuanto á sus propios bienes; pero también, esto sentado, puede suscitarse una dificultad. ¿Qué es lo que heredará *D* en el ejemplo que antes hemos puesto: los 3.000 duros íntegros que deja *C* y que no privan del resto del patrimonio del enajenado á *B*, ó solamente la tercera parte, por corresponder las dos restantes al citado *B* en concepto de legítim Sabemos que *B* no puede ser perjudicado en los 30.000 duros patrimonio de su padre, anterior á la institución en que le st tituye ejemplarmente. Pero una vez recibidos los nuevos 3.0 duros de esta institución, ¿se entenderá que son legítima del h

las dos terceras partes de los mismos, como si, considerándose ya suyo el patrimonio anterior, se tratara sólo de la división de la nueva herencia, ó, por el contrario, habrá de dejarse á *D* los 3.000 duros íntegros, puesto que no se perjudica en su verdadera legítima á *B*?

Puede presentarse la dificultad de dos maneras: ó como en el citado ejemplo, en que el patrimonio del enajenado antes de la institución y sustitución es superior á la cantidad legal que corresponde como legítima al heredero forzoso, computada con relación al patrimonio posterior, es decir, en que los 30.000 duros del primer patrimonio exceden de lo que forzosamente corresponde á *B* como parte legal de los 33.000 á que asciende el patrimonio aumentado, ó como si sucediera lo contrario: esto es, que el patrimonio de 30.000 duros recibiera un aumento de otros 30.000, siendo menor, por lo tanto, de los 40.000 que importan las dos terceras partes del capital entero.

En este segundo caso, es indudable que *B* recibirá los 30.000 duros primeros y 10.000 más de los segundos, para completar su legítima, pasando el resto al sustituto ejemplar *D*. Por el contrario, en el primer caso, salvada ya con el patrimonio primitivo del padre la legítima de *B*, ó sea 22.000 duros, no podrá pretender mayor beneficio que el de recibir los 30.000 íntegramente, y, por consecuencia, el sustituto pupilar percibirá, también íntegros, los 3.000 duros en que se hizo heredero al enajenado.

Con estas ideas tenemos ya resueltas implícitamente, aplicando los principios y reglas expuestos en los anteriores comentarios, las dudas que pueden presentarse por la concurrencia de varios sustitutos. Los herederos forzosos del enajenado ó impúber recibirán íntegramente, por lo menos, el patrimonio del mismo que no proceda de la herencia de los ascendientes que le sustituyen; y si ese patrimonio no importa las dos terceras partes del capital entero reunido á la muerte del incapaz, les corresponderá, en el aumento recibido, la parte exclusivamente que le falte para completarlas. El resto lo dividirán entre sí los sustitutos, proporcionalmente, á la cuota hereditaria de su respectiva sustitución.

Para terminar, conviene llamar la atención sobre la evidente diferencia que existe entre lo dispuesto en el art. 782 y en el 813, acerca de la imposibilidad de someter la legítima de los hijos á

ninguna clase de sustituciones, y lo dispuesto en el actual artículo en cuanto á la legítima de los herederos del sustituído. A primera vista, el art. 777 es una consecuencia del 813; pero las disposiciones son distintas, por cuanto el 813 hace referencia á la cualidad de heredero forzoso del sustituído respecto del que le sustituye, sin tomar en cuenta si por su parte tiene ó no herederos forzosos propios, y el 777, á la inversa, prescinde de la consideración de heredero legitimario ó no legitimario que tenga el sustituído con relación al ascendiente. El fin de ambas disposiciones es el mismo, el de respetar en todo caso el derecho de los herederos forzosos á percibir la parte señalada por la ley, con preferencia á toda otra persona; pero la aplicación es, en todo caso, distinta enteramente.

ART. 778. Pueden ser sustituídas dos ó más personas á una sola; y al contrario, una sola á dos ó más herederos.

Concordancias.—Análogo al art. 631 del proyecto de 1851 y al 779 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—No existe ninguno categórico; pero la doctrina del artículo es la misma que informó el *tít. V de la 6.ª Partida.*

COMENTARIO.—La disposición contenida en este artículo es más propia del comentarista que del legislador. Podía habérsela ahorrado el Código, á pesar del ejemplo de otros extranjeros, en la seguridad absoluta de que á ninguna persona regularmente conocedora del carácter de la institución de heredero, hubiera podido caber duda de la posible multiplicidad de sustitutos y herederos en una misma disposición testamentaria.

Decimos que el Código sigue el ejemplo de otros extranjeros; pero, en verdad, el único ejemplo es el del Código italiano, que al definir la sustitución vulgar en el art. 895, añade en un segundo párrafo: «se puede sustituir muchas personas por una sola y una sola por muchas.» Dicho esto también en el art.

de nuestro Código, que empieza permitiendo al testador «sustituir *una ó más personas al heredero ó herederos* instituidos,» holgaba, seguramente, la repetición en que se ha incurrido, con todos los honores de un artículo propio y por completo dedicado á establecer alguna doctrina trascendente.

Estaría, sin duda, justificado el precepto si, además de autorizarse en él la doble sustitución con respecto á la simple institución y viceversa, se resolviera alguna de las dificultades á que estos casos dan lugar, como se ha hecho, por ejemplo, en el Código de Méjico, cuyos artículos 3.622 y 3.623, dando por supuesta la posibilidad de que habla nuestro Código, deciden: el primero, que «los sustitutos pueden ser nombrados conjunta ó sucesivamente,» y el segundo, que «el sustituto del sustituto, faltando éste, lo es del heredero instituido».

Pero nuestro art. 778 huye de estas dificultades y se limita á copiar, aunque no enteramente, el fragmento de Marciano que se llevó al *Digesto*, y después al *párrafo 1.° del tít. XV, lib. II* de la *Instituta* de Justiniano, y que dice literalmente así: *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum;* ó sea: «pueden ser sustituídos varios en lugar de uno, uno en el de varios, y uno en el de uno.»

Las varias combinaciones de instituciones y sustituciones simples y dobles se compendian y se reúnen en cuatro grupos, cuya enunciación ocurre fácilmente: el de que haya un solo heredero y un solo sustituto; el de dos ó más herederos con un solo sustituto; el de un heredero solo con varios sustitutos, y el de varios herederos con varios sustitutos. Los antiguos expositores del derecho civil abreviaban con palabras latinas la enumeración de estos casos, y decían: *singuli singulis, plures pluribus, plures uni, pluribus unus.*

Llama la atención que, puesto el Código á legislar acerca de este punto, se olvide, sin embargo, de dos casos y reduzca la posibilidad al de que sean sustituídas dos ó más personas á una sola, y al que lo sea una sola á dos ó más herederos; esto es, al o *plures uni* y al *pluribus unus*. Esto es tanto más de notar, anto que se ha tenido á la vista, seguramente, la exposición de doctrina antigua, que hubiera podido condensarse fácilmente, al estilo del Código, diciendo poco más ó menos: «pueden ser tituídas bien una, bien varias personas, lo mismo siendo uno

que siendo varios los herederos instituídos»; fórmula que comprende todos los cuatro grupos de la combinación.

Sin embargo, es tan evidente la posibilidad de ser un solo heredero y un solo sustituto los designados por el testador, y lo es también tanto, asimismo, la que, siendo los herederos varios, se nombre varios sustitutos, que no cabe pensar por un momento en que se haya tratado de excluir estos casos en el Código. Por manera que se trata sólo de una mala redacción, en el sentido de no corresponder debidamente las palabras al pensamiento que se quería expresar con ellas; siendo de todos modos lamentable que, tras de traerse al Código una disposición innecesaria, se traiga en forma tan ambigua, con riesgo de dificultades que han de resolverse irremediablemente contra lo que, *a sensu contrario*, parece deprenderse lógicamente del texto del artículo.

***

Examinemos ahora ligeramente estos casos:

1.° *Singuli singulis;* un solo heredero y un solo sustituto. En cuanto á esto, no se necesita explicación ninguna, por ser el caso más corriente de la sustitución, y al que nos hemos referido, como tipo, en el comentario de todos los artículos anteriores.

2.° *Plures uni;* un solo heredero y dos ó más sustitutos. Esta forma de sustitución puede ya tener infinitos medios de ser expresada; los efectos, sin embargo, sólo varían en atención á que los diversos sustitutos hayan sido nombrados conjunta ó sucesivamente. Cuando son nombrados conjuntamente, esto es, con igualdad de derecho en cuanto al orden para entrar en la herencia, todos son sustitutos del mismo, y todos reciben la herencia por igual, salva la voluntad del testador, si apareciera expresada en el testamento. Dos ejemplos de esta sustitución conjunta:

1.° Con igualdad de participación: «nombro heredero á Juan, y quiero que le sustituyan, caso de no llegar á serlo, Antonio, Luis y Mariano.»

2.° Con desigualdad de participación: «... Antonio, Luis Mariano, el primero en una tercera parte de la herencia, y dos segundos en el resto, por iguales partes.» Todo esto es n sencillo.

La sustitución sucesiva consiste en el nombramiento de varios sustitutos, con sujeción á un orden determinado: «nombro heredero á Juan, y quiero que le sustituya Antonio, y á éste Mariano, y á Mariano, Luis.» También es fácil comprender que en tanto tendrá derecho Mariano á entrar á la herencia en cuanto no llegue á tener efecto la sustitución de Antonio, y lo mismo la de Luis respecto de la de Mariano.

Ocurrió, no obstante, en la primera época del derecho romano de sustituciones una gravísima dificultad. Cuando, como en el ejemplo que hemos puesto, el testador hace á Mariano sustituto de Antonio, y á Luis de Mariano, ¿podrá entenderse que son además sustitutos del primer heredero, único instituído, Juan? De no entenderse así, resultaría que no pudiendo Antonio entrar á la sucesión de Juan, por fallecer antes de ser inefectivo el derecho de éste, Mariano perdería la herencia, en atención á no traer su derecho de Juan, ni del testador, sino de Antonio. Las *Constituciones imperiales* resolvieron la duda, y más adelante la *Instituta*, en el sentido á que se inclinaban los jurisconsultos, decidiendo que el sustituto del sustituto es á su vez sustituto del sustituído, principio general desde entonces en materia de sustituciones, que tiene la categoría de verdadero axioma de derecho, á los efectos del art. 6.° del Código, para el caso de presentarse en los Tribunales la cuestión.

3.° *Pluribus unus;* varios herederos y un solo sustituto. Aquí también, tratando el asunto en general, se ofrece un problema de verdadera trascendencia: el de si el referido sustituto entrará á heredar tan luego como uno de los herederos dé lugar á ello, por las causas de la sustitución, ó si, para ser efectivamente sustituto, se necesitará que todos los herederos nombrados desaparezcan sin haber recibido la herencia.

Los tratadistas resolvían esta dificultad, antes del Código, diciendo que se atendería á la voluntad del difunto. En efecto: la voluntad del difunto, sin necesidad de decirlo especialmente en este sitio, se sabe que ha de ser el criterio decisivo; y que presada por él la condición con que quería que entrara el sus- ·ito, no hay por qué invocar otros argumentos.

La cuestión está en que el testador no manifieste con clari l su pensamiento; como si, por ejemplo, dice sencillamente: ·nbro herederos á Fulano y Zutano, y quiero que sea su sus-

tituto vulgar Mengano.» Muerto Fulano antes que el testador, ó no aceptando la herencia, ¿le sustituirá desde luego Mengano en la parte de bienes con que se instituyó al primero? Afortunadamente, la cuestión está resuelta por el Código con bastante claridad en el art. 982, que determina los casos en que el derecho de acrecer es aplicable á la sucesión testamentaria, y más especialmente por el 986, que dice así: «En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, á quien no se hubiere designado sustituto, pasará á los herederos legítimos.»

En primer lugar, el derecho de acrecer está concedido siempre que, llamados dos ó más á una misma herencia, sin especial designación de partes, fallezca uno antes que el testador, ó renuncie la herencia, ó sea incapaz de recibirla; en segundo lugar, como acabamos de ver, el sustituto sólo tiene derecho á la herencia, quedando alguno de los coherederos, en el caso de que no tenga lugar el derecho de acrecer. Por consecuencia, si los herederos fueron llamados con designación de partes, el sustituto entra á la herencia; en el caso contrario, es indispensable que decaiga antes el derecho de todos los coherederos.

Esto por lo que hace á la sustitución vulgar. En la pupilar y la ejemplar no tiene cabida la duda, por cuanto siendo condición precisa la aceptación de la herencia, falta la posibilidad del derecho de acrecer, y se está en el primer caso antes referido. Cuando la sustitución sea mixta de vulgar y pupilar, como, por ejemplo, en el caso de ser impúber uno de los coherederos y ser un extraño al testador el otro, se atenderá al coheredero de cuya porción vacante se trate, para conocer los efectos de la sustitución. Si es el sustituido vulgarmente, podrá haber en su caso derecho de acrecer; si es el sustituido pupilarmente, no podrá haberlo; y según sea el caso, así se aplicarán los preceptos del Código.

4.° *Plures pluribus;* varios herederos y varios sustitutos. Sería punto menos que imposible que diéramos idea de la multiplicidad de formas con que se puede instituir y sustituir á ... rias personas á la vez; tantas como combinaciones matemá... pueden hacerse con los tres factores que constituyen lo... casos examinados.

Bástenos decir que, dentro de la fórmula *plures pl...*

caben todos los demás grupos; el de un sustituto por cada heredero, el de varios por cada uno y el de uno por varios. Aplicando las mismas réglas que dejamos expuestas, se resolverán todas las dificultades de cada género de sustitución en particular.

La única novedad resulta para el caso en que el testador nombrara en general varios herederos, y en general también varios sustitutos. «Sean mis herederos Pedro, Luis y Antonio, y sean sustitutos de éstos Mariano, Juan y Gumersindo.» No es difícil resolver cuándo podrían en este caso entrar á la herencia los sustitutos, con sólo aplicar á lo que hemos dicho sobre la multiplicidad de sustitutos nombrados conjuntamente, las reglas del derecho de acrecer respecto á la multiplicidad de herederos.

ART. 779. Si los herederos instituidos en partes desiguales fueren sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Concordancias.—Análogo al art. 633 del proyecto de 1851 é igual al 780 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 13, tit. V, Partida 6.ª* (véanse los precedentes del art. 774).

Ley 3.ª, tit. V, Partida 6.ª—Si algun testador estableciesse tres omes, por sus herederos, al vno en seys onças, e al otro en quatro, e al otro en dos, en tal manera, que si alguno dellos muriesse ante que entrasse la heredad o non lo quisiesse, que los otros heredassen en lugar del, estonces dezimos, que si alguno dellos non quisiesse ser heredero, o se muriesse ante que tomasse su parte de la herencia, estos dos que fincassen biuos, deue cada vno dellos heredar los bienes del señor, que les fizo —— herederos: e la parte del otro, segund la quantia, en que el dor los establescio primeramente por sus herederos.

MENTARIO.—*Sustitución reciproca.*—Si no de una manera a, porque realmente no habria necesidad de emplearla, en

atención á las mismas razones que hemos tenido para considerar innecesaria la disposición del precedente artículo, el Código autoriza en éste la antigua *sustitución recíproca ó brevilocua.*

Recíproca la llamó ya Modestino, porque en ella se sustituyen recíprocamente los herederos designados por el testador; habiéndose después modificado el nombre y empleado el de la brevilocua en su lugar, porque, en opinión de los autores, esta sustitución se hacía con pocas palabras. Sin embargo, como nada impedía que pudiera hacerse con muchas palabras y con mucha prolijidad, si así lo quería el testador, fué con el tiempo cayendo en desuso la denominación de brevilocua, y se generalizó entre los jurisconsultos modernos de la recíproca. También algunos autores la llamaban *mutua.*

Nunca, en verdad, se ha considerado ésta como propia sustitución, sino sólo como un aspecto de las demás; del mismo modo que la *compendiosa*, incluída antes en la enumeración, y reducida ahora, por consecuencia del justo silencio del Código, á ser simplemente un caso de sustitución análogo á los que en el anterior artículo hemos estudiado, de combinación de las distintas formas de sustituir. Por este motivo, lo mismo la sustitución recíproca que la compendiosa, entienden los autores acertadamente que no son verdaderas sustituciones, sino simplemente *modos* de designar los sustitutos.

Opina Borsari que la sustitución recíproca tiene por objeto encerrar la herencia dentro de un determinado círculo de personas, é impedir la entrada de los herederos legítimos. En efecto, la consecuencia es ésta; pero no creemos que constituye el verdadero fin de la sustitución recíproca.

Ante todo, esta sustitución no tiene realmente un fin, porque empieza por no ser sustitución aparte é independiente; y, en consecuencia, su fin es, en cada caso particular, el de la sustitución que lleva envuelta. Por otra parte, su nacimiento en las leyes romanas tuvo por origen la consideración de que, limitado el derecho de acrecer á cierta clase de herederos, podía quedar vacante parte de la herencia, con todas las consecuencias de este hecho en aquellas leyes; y para evitar este resultado se adoptó el empleo de la sustitución recíproca. Fué, pues entonces un remedio contra un mal positivo, que más adelante veremos, en este comentario, hasta qué punto existe en nuestro

tiempo. Por último, el fin de separar á los herederos legítimos de la sucesión, no es nada particular de la sustitución recíproca, sino también de las demás sustituciones. Lo que Borsari manifiesta no tiene, pues, importancia alguna, sino por la curiosidad de la idea de que los herederos, en la sustitución recíproca, constituyen á modo de un círculo, dentro del que gira la sucesión.

Decían las Partidas que en esta sustitución van comprendidas cuatro, dos de ellas vulgares y dos de ellas pupilares. Más adelante, ponían por ejemplo de la sustitución recíproca, tomado íntegramente al derecho romano, el de que el testador estableciere «*tres omes por sus herederos, al uno en seis onças, e al otro en quatro, e al otro en dos, en tal manera, que si alguno dellos muriere ante que entrasse la heredad ó non la quisiesse, que los otros heredassen en lugar del*» (*Ley 3.ª, tít. V, Partida 6.ª*). Pero en este ejemplo, la sustitución recíproca contiene exclusivamente dos sustituciones vulgares, mientras que lo que las Partidas consideraban propiamente sustitución brevilocua lo condensaban en este otro ejemplo, de la *ley 13* de iguales título y Partida: «*Como si algund testador ouiere dos fijos menores de catorze años, a quien establesciesse por herederos, diciendo así: fágovos mios herederos a amos a dos: e establezcovos por sustitutos al uno del otro so uno*» En esta sustitución comprendían las Partidas la vulgar y la pupilar; y por consecuencia, bien fuere que uno de esos hijos no quisiera aceptar la herencia ó no pudiera, ó bien fuere que, después de recibirla muriese en la impubertad, el otro adquiría completamente su derecho hereditario.

Es claro que nosotros, por derivación del estudio que hicimos de la sustitución pupilar, no creemos que, ordenada hoy en esa forma una sustitución, que por sus palabras es vulgar expresa, puede considerarse que lleva comprendida la tácita pupilar. Para que fuera pupilar, habría de ordenarlo el testador expresamente.

Lo que sí creemos es que no hay dificultad de ninguna clase
---a que se sustituyan recíprocamente dos herederos, el uno con
carácter y el otro con otro. Es decir, que si, por ejemplo, un
tador dijera: «nombro mis herederos (en la parte de libre dis-
ición, se entiende) á mi hijo Juan y á mi amigo Antonio y
iero que se sustituyan recíprocamente en el caso de morir

Juan antes de la pubertad, y en el de no llegar Antonio á recibir mi herencia...», la sustitución se habría de entender recíproca sin disputa alguna.

***

Dispone el Código que si los instituídos herederos en partes desiguales fueran recíprocamente sustituídos, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución. Lo mismo sustancialmente dispusieron el derecho romano y las Partidas, las cuales, en el ejemplo de los tres coherederos sustituídos recíprocamente por la vulgar, declaraban que si alguno no quisiere ser heredero ó se muriese antes de recibir su participación en la herencia, los dos que quedaban vivos heredarían primeramente su parte propia, y después la del otro coheredero «segund la cuantia en que el testador los establescio primeramente por sus herederos.»

Es decir, que nombrados herederos *A*, *B* y *C*, el primero en cuatro sextas partes de la herencia, el segundo en tres y el tercero en dos; falleciendo, por ejemplo, el segundo antes de aceptar la herencia, sus tres sextas partes se repartirían entre los sustitutos *A* y *C*, no con igualdad, sino en proporción de las respectivas cuotas hereditarias, correspondiendo, por lo tanto, dos sextas partes á *A* y una á *C*. El Código no habla del caso en que tengan igual participación todos los coherederos á quienes se sustituye recíprocamente; en primer lugar, porque la regla, derivada de la naturaleza propia de la sustitución, es que los sustitutos hereden por iguales partes, de lo que el art. 779 es nada más que una excepción; en segundo término, porque, siendo el espíritu del presente precepto el de adjudicar la porción vacante de herencia en proporción de las cuotas respectivas de los sustitutos, se sobreentiende, sin esfuerzo, que cuando fueran instituídos con igualdad de partes en la herencia, también les corresponde esta igualdad, proporcionalmente, en la porción del coheredero cuyo lugar ocupan por la sustitución; aparte de esto, y especialmente porque, como más adelante remos, es el derecho de acrecer y no el de sustitución el aplicable á este caso.

Más importante es el silencio del Código sobre la sus-

recíproca en que haya solamente dos coherederos. «Nombro mis herederos á Juan y á Antonio; el primero en las dos terceras partes de mis bienes y el segundo en el resto, y les sustituyo recíprocamente.» Vacante la porción de Juan, ¿se considera como sustituto en toda ella á Antonio, á pesar de su menor participación en la herencia? Es claro que cuando el sustituto es uno solo, huelga hablar de proporcionalidad, por cuanto no se trata de *distribuir* la porción vacante, que es el motivo del artículo; como lo es, en último lugar, que la aplicación de éste produciría la injusticia, habiendo de ser proporcional el derecho del sustituto, de que mientras Antonio, al sustituir á Juan, recibiría una tercera parte de su cuota, ó sea dos novenas partes de la herencia, Juan, sustituyendo á Antonio, percibiría las dos terceras de la cuota de éste, ó sea, también, dos novenas; por donde, buscando el mantenimiento de la proporción, resultarían igualmente favorecidos los instituídos con desigualdad de partes. Sobre todo, siendo el principal objeto de la sustitución, en todas sus formas, llenar el vacío que puede dejar un heredero, por medio del nombramiento de otro en lugar suyo, si se interpretara la ley de modo que pudiera aplicársela al caso referido, habría una parte vacante de bienes para la sucesión *ab-intestato*, no sólo en el supuesto de llegar á ser sustituto el instituído únicamente para una tercera parte, sino en el de serlo el instituído para las dos terceras, al que, ni aun concediendo íntegra la porción del otro coheredero, podría darse otro tanto igual á lo que el testador le concedió de primer intento.

No puede negarse, sin embargo, que dará motivo algunas veces á esta dificultad en la práctica la sustitución recíproca, tanto en el supuesto de haber dos coherederos solamente, como en el de haber varios y decaer de su derecho todos menos uno. Y para evitar esto hubiera sido conveniente que en el Código, del mismo modo que lo hicieron las Partidas en el ejemplo de sustitución vulgar recíproca á que antes aludíamos, se hubiese prescindido claramente del caso de ser dos solos coherederos, al efecto de la participación proporcional establecida en este artículo.

***

Derecho de acrecer. Sus relaciones con la sustitución recíproca.—Toda esta materia se relaciona directamente con el derecho de acrecer, de que tratan los artículos 981 y 987. El derecho de acrecer consiste, como la sustitución recíproca de que vamos tratando, en que la porción vacante de uno de los coherederos aumente la herencia de los demás. De aquí la analogía entre ambas materias, que en el derecho romano era aún muchísimo más pronunciada que en el nuestro.

Efectivamente, las leyes romanas tenía dos géneros de derecho de acrecer, uno que llamaban los autores voluntario y otro necesario; el segundo de los cuales, admitido en Roma «por necesidad de la ley» para evitar que cualquiera persona quedara en parte testada y en parte intestada, se refería al caso de ser nombrados varios herederos en porciones determinadas de la herencia, y hallarse después alguno de ellos sin condiciones para adir la que le correspondiese. El caso, pues, era igual al de la sustitución recíproca, y sólo en fuerza de profundidad de pensamiento llegaban á establecerse algunas diferencias importantes, como la de ser forzoso el derecho de acrecer y voluntaria la aceptación de la herencia del sustituído, y bastar en el primero la capacidad al tiempo de la primera adición, necesitándose en la segunda, además, al tiempo de adir la parte correspondiente al coheredero sustituído.

Limitado ya el derecho de acrecer, en la legislación anterior al Código, al solo caso de haber sido instituídos los coherederos sin distinción de partes, que era el antiguo concepto del derecho de acrecer voluntario, fundado en la presunta voluntad del testador, la analogía entre la sustitución recíproca y el derecho de acrecer está hoy exclusivamente reducida al caso de haber varias personas llamadas á la herencia sin especial designación de partes. Si, pues, el testador se ha expresado en una forma parecida á esta: «Nombro mis herederos á Pedro y á Juan y los sustituyo recíprocamente», se tiene el doble caso de la sustitución vulgar recíproca y del derecho de acrecer.

Pero llegado el momento de existir una porción vacante la de Juan por ejemplo; ¿en qué forma será llamado Pedro: sustituto ó como coheredero? Si lo primero, es indudable Pedro podrá renunciar la parte de Juan, porque el tratar una misma herencia, y el no poder ser ésta aceptada en

(artículo 990), no son aplicables á caso como éste, en que una persona es llamada á heredar el patrimonio de otra con dos distintos títulos, el de heredero y el de sustituto, y en que, por lo tanto, hasta puede haber imposibilidad jurídica de reunir ambos conceptos, cuando capacitado Pedro para recibir la mitad de herencia que le correspondía en la institución, quedase después incapacitado para recibir la otra, y siguiere estándolo al tocar su turno á la sustitución recíproca. Si lo segundo, Pedro no podrá renunciar la porción de herencia correspondiente á Juan, puesto que no hecha por el testador división entre ellos, con señalamiento de partes determinadas, se considera el todo como efectivamente no dividido, á los efectos del derecho de acrecer, y no es posible la aceptación de parte y la renuncia de otra parte.

Esta cuestión la consideramos resuelta en el art. 986 del Código, cuyo texto, pensado ó no á la vista de la dificultad, decide claramente que no hay sustitución en donde hay derecho de acrecer. «En la sucesión testamentaria, dice, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituído, á quien no se hubiera nombrado sustituto, pasará á los herederos legítimos del testador.» El orden resulta claramente marcado; primero el derecho de acrecer; no siendo procedente éste, el del sustituto que se haya nombrado al heredero; en último término, los sucesores *ab-intestato*. He aquí justificado ahora de cierto modo por qué el art. 779 se refiere sólo á los herederos instituídos en partes desiguales, entre los que no tiene lugar el derecho de acrecer.

De este derecho de acrecer se obtiene una regla perfectamente aplicable á la sustitución recíproca, de que nos estamos ocupando. Los herederos pueden ser instituídos como conjuntos ó como disjuntos. Ejemplo de lo primero: «mando todos mis bienes á Pedro y á Juan.» Ejemplo de lo segundo: «mando á Pedro todos mis bienes inmuebles, y mando á Juan todos los muebles.» Pues bien: del mismo modo que sucede en el derecho de acrecer, cuando haya á la vez herederos conjuntos y disjuntos, y son sustituídos recíprocamente en términos generales, la parte de los conjuntos quedará entre ellos mientras sea posible, sin entrar á sustitución los disjuntos: y la parte de éstos, por el contrario, entrará la sustitución á todos.

El Código italiano contiene un precepto (art. 897) igual al de nuestro art. 779; pero añade un segundo párrafo, que falta al nuestro, y que dice así: «Pero si á la sustitución fuera llamada otra persona con las que se instituyen por herederos, la porción vacante se distribuye por igual entre todos.» El caso práctico puede ser el siguiente: «Nombro herederos á Luis, Antonio y Mariano, y quiero que se sustituyan recíprocamente y que además sea sustituto Eugenio.» En este caso, aunque la participación señalada á los herederos sea desigual, vacante cualquiera de las porciones hereditarias, entrarán á suceder en ella como sustitutos, por partes iguales, los otros dos herederos y el simplemente sustituto Eugenio.

La resolución es justísima por la imposibilidad de sostener la proporcionalidad entre los sustitutos, habiendo uno que carece de cuota hereditaria propia y al que no puede referirse ninguna proporción. No se deduce, sin embargo, tan necesariamente la disposición del Código italiano de la naturaleza de la sustitución recíproca, que no quepan otros criterios, como, por ejemplo, el de que una mitad de la porción vacante se reparta entre los coherederos y la otra mitad se dé al solamente designado como sustituto. No hubiera sido inútil, en su virtud, trasladar al Código la adición que se tenía á la vista en el italiano.

***

Voluntad del testador en la sustitución recíproca.—La última oración gramatical de este artículo salva el debido respeto á la voluntad del testador, exceptuando del precepto todo caso en que esta voluntad resulte claramente contraria. Pasamos por alto el adverbio *claramente*, por considerar que carece de consecuencias prácticas, dado que no puede decirse que la voluntad del testador aparece sino cuando ha sido consignada de una manera clara.

Vinnio, y con esto terminamos, citaba un ejemplo de los infinitos en que puede decirse que resulta clara la voluntad del testador en contra de la proporcionalidad de partes de los titutos. «Sea mi heredero Ticio en cuatro partes, Mevio en y Sempronio en dos. Si Ticio no llegara á ser heredero, Mevio y Sempronio herederos de la parte de Ticio.» Aquí

Vinnio, no hay oscuridad; el testador no repite, al hablar de la sustitución, las partes de la institución; se ve su propósito decidido de nombrar los sustitutos en consideración á las personas y no á las partes.

ART. 780. El sustituído quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituído, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituído.

Concordancias.—Análogo al art. 634 del proyecto de 1851 é igual al 781 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Con ser, al menos aparentemente, tan lógico y tan claro que las condiciones y cargas impuestas por el testador al heredero se transmitan al sustituto, es lo cierto que en el Derecho romano se ofrecieron muchas dudas acerca de este punto, y que llegaron á publicarse, en el *Digesto* y en el *Codex*, disposiciones contradictorias.

Al fin, una dictada por Justiniano resolvió la cuestión, en lo principal, de una manera semejante á la de este art. 780, cuya doctrina también contienen, sin diferencias esenciales, el Código italiano, el portugués y el de Méjico. Se obedeció, al hacerlo así, á dos razones capitales, que es extraño que pudieran ser desconocidas nunca: 1.ª, la de que, por la naturaleza de la sustitución, cualquiera que sea su forma, el sustituto ocupa el lugar del instituído, tal y como éste lo tenía, sin más beneficios y sin más gravámenes; 2.ª, la de que, atendiendo en el silencio del testador á la voluntad lógicamente presumible en él, ha de reconocerse por necesidad que, al nombrar en primer término para su sucesión á una persona y después subsidiariamente no sustituto á otra, no entraba en sus cálculos mejorar la condición de la segunda, haciéndola superior á la primera.

Pero si esta era la solución lógica del problema en tesis general, particularidades muy notables obligaron pronto á los in-

térpretes á introducir algunas excepciones. Lentamente formada la doctrina, vino por fin á ser opinión corriente, reproducida también en el Código, la de que debían exceptuarse de la transmisión al sustituto las cargas y condiciones del instituído, siempre que la voluntad del testador se pronunciara en contra (lo cual no debió nunca ser motivo de duda), y siempre que las citadas cargas y condiciones fueran personalísimas del heredero.

«*A menos, dice el Código, que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.*» Conviene llamar la atención sobre el adverbio «*expresamente*», porque modifica la opinión de muchos autores, y restringe también el criterio del Código italiano, para el que basta que la voluntad del testador sea evidente, ó, como dice el nuestro en otros artículos, clara.

Aquí se dice voluntad *expresa*, y, por consecuencia, las disposiciones que, según los jurisconsultos italianos, indican la voluntad del testador de un modo evidente, pero no expreso, como la de existir razones particulares para que se gravara al instituído que no existan en el sustituto, y como la de designar á éste sólo en parte, cuando el heredero lo fué en todo, no deben ser consideradas en nuestro derecho como suficientes para variar la regla general de transmisión de condiciones y gravámenes.

Para creer que el legislador ha usado la palabra «*expresamente*» con perfecta conciencia de sus resultados, y que no debe violentársela en la aplicación, debemos ponernos en la hipótesis de que se haya considerado que no hay disposición tácita, verdaderamente decisiva en el sentido de librar al sustituto de las condiciones y cargas del instituído, sino cuando éstas son personalísimas del mismo. El Código supone, sin duda, que sólo en este caso se sobreentiende la voluntad del testador contraria al principio general; y considerando al mismo tiempo que el asunto es muy delicado, y que un criterio tolerante en la ley podría servir en ocasiones para dar la herencia á un sustituto sin obligarle al cumplimiento de los deseos del causante, exige la manifestación expresa del testamento, sobre la liberación de cargas y de condiciones. Por nuestra parte, no hallamos inconveniente para aceptar en un todo esta doctrina.

Se habla en el Código de condiciones y de gravámenes. Aunque toda condición es un gravamen, y todo gravamen es una condición, tomadas las palabras en sus acepciones extensas, aquí

indudablemente, están usadas de un modo rigoroso, debiendo entenderse como condiciones los sucesos de que depende llegar ó no á tener el instituido la cualidad de heredero, y por gravámenes los mandatos que le impone el testador, no para decidir si ha de ser heredero ó no ha de serlo, sino suponiendo que lo ha de ser previamente.

Respecto á condiciones, Viso resumía las doctrinas de los jurisconsultos diciendo que se entenderían repetidas en la sustitución las condiciones de la institución en tres casos:

1.° Si fuesen de las llamadas casuales y se hubieran impuesto á todos los grados ó personas nombradas en el testamento.

2.° Si fuesen potestativas y no coherentes á la persona que nombró el testador.

3.° Si, cualquiera que sea la condición, se impone después de las cláusulas de institución y sustitución.

Pero lo mismo en el primero que en el tercero de estos casos, se observa á simple vista que las condiciones están ya impuestas al sustituto, sin necesidad de hablar de la transmisión; puesto que se refiere el primero á una condición casual á que fueron sometidas todas las personas nombradas en el testamento, y, por lo tanto, el sustituto; así como en el tercero se supone que, impuesta la condición, después de las cláusulas de institución y sustitución, lo mismo se refieren á la una que á la otra. Queda, pues, sólo la condición potestativa que no es coherente á la persona que nombró el testador; por ejemplo, si no entendemos mal la expresión de Viso: «nombro mi heredero al presbítero Juan, á condición de que rece tales oraciones siempre que celebre misa; y, para el caso de que no llegue á ser heredero, le sustituyo con el médico Antonio.»

Este es naturalmente uno de los casos en que la condición resulta personalísima del instituido, y que caen de lleno en la expresión del Código. Pero Viso, y los autores á quienes sigue, olvidan la condición casual, que puede también no ser coherente al designado para sustituto; como si en el mismo ejemplo anterior, en lugar de las oraciones del sacrificio de la misa, impusiera el testador la condición de llegar Juan á ser Obispo de tal diócesis.

Por eso resulta mucho más claro y preciso, para el fin de la disposición de que se trata, la clasificación de personalísimas

con que se distinguen las condiciones no transmisibles al sustituto. Meramente personales, dice el Código, y personalísimas decimos nosotros, en la imposibilidad de dar otro sentido más adecuado á la incomprensible expresión que resulta por la adición del «*meramente*». Condiciones personalísimas, propias exclusivamente del instituído, imposibles de referir al sustituto por las cualidades á que afectan; estas son las condiciones únicas que no pasan de la institución á la sustitución.

En cuanto á los gravámenes, lo mismo que las condiciones que constituyen al heredero ó sustituto en la necesidad de sacrificios materiales, ocurre una duda, que ha sido estudiada y resuelta por varios autores: la de que el sustituído lo sea sólo en parte, con relación al heredero. Ejemplo: «nombro heredero á Juan, con la obligación de invertir 10.000 duros en la construcción del primer hospital que se proyecte, y caso de no ser mi heredero Juan, sustituyo á Antonio en la tercera parte de la herencia.» Duda: ¿Estará obligado Antonio á satisfacer íntegros los 10.000 duros, ó sólo la tercera parte que le corresponde en la herencia con relación al instituído? Razones atendibles abonan la opinión afirmativa y la negativa; los autores se inclinan, no obstante, á lo primero, en atención á que de otra manera quedaría incumplida la voluntad del testador. En nuestra opinión, tratado el asunto teóricamente, habría necesidad de distinciones cuidadosas, según la mayor ó menor importancia concedida por el testador al gravamen. Pero ateniéndonos al Código, la afirmativa no es dudosa, porque se trata de una condición ó un gravamen no personalísimos, que se transmiten siempre al sustituto, salva la expresa voluntad del testador.

ART. 781. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, ó que se hagan en favor de personas que vi al tiempo del fallecimiento del testador.

Concordancias.—Igual al art. 782 del proyecto de 1882

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 14, tit. V, Part 6.ª — Fideicommisaria substitutio* en latin, tanto quiere dezir en romance, como establescimiento de heredero que es puesto en fé de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro, assi como si dixesse el fazedor del testamento: Establezco por mio heredero a fulano, e ruegole, o quiero, o mando que esta mi herencia que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo e que despues que la de e entregue a fulano. E tal establescimiento como este, puede fazer todo ome a cada vno del pueblo, solo que non le sea defendido por algunas leyes deste nuestro libro. Pero dezimos, que este que es rogado: e establescido en esta manera, que deue dar e entregar, la herencia al otro, assi como el testador mando: sacando ende la quarta parte de toda la herencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada, en latin *trebellianica*. E si este que assi fuesse establescido por heredero, non quisiesse rescebir la heredad, o despues que la ouiere rescebido non la quisiere entregar al otro, puedele apremiar el judgador del logar, que lo faga.

Ley 8.ª, tit. XI, Part. 6.ª—Trebellianica dizen en latin la quarta parte, que el heredero deue auer de los bienes de la herencia, en que es establescido quando es rogado del testador que de o entregue despues la herencia a otri. Pero deue contar en esta su parte las cosas que el fazedor del testamento le mando si las ouo. E aun dezimos, que los frutos que tomo de tal herencia, de mientra que la ouo, si fueren tantos, que montaren tanto quanto podria valer la quarta parte, que el deue auer: estonce non deue tomar, ninguna cosa de la heredad, ante la deue dar libre e quita, a aquel a quien le rogaron que la diesse. E si por auentura tanto non valiessen los frutos que el saco ende, contando ante lo que el rescibio dellos sobre esto, deuesse entregar de los bienes de la herencia, fasta que aya la quarta parte. E si mas montaren los frutos, que lo que el deue auer por razon desta quarta parte, estonce dezimos, que si el testador le señalo dia a que rindiesse la heredad, e a aquel plazo la entrego a aquel a quien la deuia entregar: que auer deue todos los frutos por la quarta parte, que deuia auer, quanto quier que valan mas. E si no le señalaron dia cierto, a que diesse la heredad, e aquel que la deuia auer fuesse negligente en demandarla, sabiendolo, estonce dezimos que este que era tenedor de la heredad aura los

frutos della, e non los contara en la su quarta parte. Mas si este atal fuesse rebelde de dar la heredad o lo metiesse por alongamiento maliciosamente: estonce quanto quier que valan mas los frutos, que el esquilmo de la su parte, que deue auer, sera tenudo de los dar al otro con la heredad. E lo que diximos en esta ley, en razon de los frutos, que deuen ser contados en la quarta parte, segund que es sobredicho, ha logar quando el heredero a quien ruega que de la heredad a otri, non es de los fijos del testador. Ca si dellos fuesse: estonce los frutos que esquilmasse este fijo del fazedor del testamento, mientra que touiesse la heredad en su poder, non seran contados en la su parte legitimal ante dezimos: que esta parte deue ser sacada enteramente, de los bienes de la herencia, e non de los frutos della: maguer el testador lo ouiesse mandado de otra guisa. Pero lo que diximos desta quarta parte en esta ley, se deue entender desta guisa, que el heredero la deue auer, quando entra la heredad de su grado, sin constreñimiento ninguno, que el juez le fiziesse. Mas si es rebelde, non la queriendo entrar: e la ouiesse a fazer por premia e mandamiento del juez, estonce non sacara la quarta parte sobredicha. Ante dezimos, que es tenudo de dar, e de entregar la heredad con los frutos della, a aquel que le rogo, o mando el testador que la diesse. Otrosí dezimos, que el es siempre tenudo de pagar su parte de las debdas que deuiesse el testador, quanto le copiesse a pagar, por razon desta quarta parte.

Ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida por el Real decreto de 30 de Agosto de 1836. — Art. 1.° Quedan suprimidos todos los mayorazgos, *fideicomisos,* patronatos y cualquier otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.

Art. 4.° En los *fideicomisos familiares,* cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasación y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporción de lo que perciban, y con intervención de todos ellos, y cada uno en la parte de bienes que le toque p disponer libremente de la mitad, reservando la otra al su inmediato para que haga lo mismo con entero arreglo á lo crito en el art. 3.°

Art. 5.° En los mayorazgos, *fideicomisos* ó patronatos electivos, cuando la elección es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la elección debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores de solo la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose con intervención del Procurador síndico la tasación y división prescrita en el art. 3.°

Art. 14. Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, *fideicomiso,* patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre Bancos ú otros fondos extranjeros.

COMENTARIO. - No se figuraría el caminante indocto, colocado en la suave planicie donde la sustitución fideicomisaria tiene su punto originario, que, al aventurarse en el camino y al empezar á recorrerle, firmaba el compromiso de sortear el paso por quebradísimos terrenos, en que se alcanza á veces el máximum de la elevación, y se desciende otras al máximum de la profundidad.

Pero el desengaño sobrevendría irremediablemente.

Aquella modesta institución de Roma, sencillo medio profiláctico de prevenir el mal de fallecer sin testamento, institución siempre accesoria y subordinada, conviértese después en principal é independiente: primero, como forma propia de la voluntad testamentaria; después, como carácter esencial de la propiedad de los inmuebles. Destruye entonces el orden de la familia, altera el de los municipios y hiere vivamente, en sus entrañas, al de la sociedad.

Empieza por ser una medicina, se convierte después en un alimento, y acaba siendo un germen de infección y de destrucción.

stos accidentes son tan curiosos, tan adaptables al estudio, pródigos de enseñanzas, tan transcendentales y todavía tan ibles, que no tendría justificación nuestro silencio, al comen- en este artículo, los límites impuestos por la sociedad mo-

derna á la sustitución fideicomisaria. Hagamos, pues, su breve, pero indispensable examen.

***

Orígenes de la sustitución fideicomisaria. —«En los primeros tiempos, dicen las *Instituciones* de Justiniano, todos los fideicomisos carecían de fuerza porque no se consideraba obligado á nadie á cumplir lo que se le rogaba. Sucedía que, tratándose de dejar la herencia ó el legado á alguna persona que no tenía capacidad para recibirla, se encomendaba su entrega á la buena fe de los que se hallaban capacitados. Y por esto se llamó *fideicomisos* á esas disposiciones, que no producían vínculo ninguno de derecho, sino que dependían de la conciencia de los que eran rogados. Más adelante, el divino Augusto, bien fuera por consideraciones personales, bien porque alguien hiciese el ruego, invocando *la salud del Emperador*, bien por la perfidia extremada de ciertas personas, mandó á los Cónsules, en dos ó tres ocasiones, que interpusieran su autoridad en el asunto. Pareciendo esto justo y habiéndose hecho popular, se fué convirtiendo poco á poco en una jurisdicción continuada; y tanto llegó á ser su favor, que paulatinamente se fué creando un pretor especial, llamado fideicomisario, para entender en los fideicomisos.»

Hay quien supone, aunque no con datos positivos, que ya se conocían los fideicomisos en Roma en tiempos de Numa; sea ó no sea cierto este hecho, así como el de la fuerza que se atribuye á la fe en aquellos tiempos tan remotos, lo sí indudable es que se conocían ya en la época de Cicerón, puesto que por él mismo se sabe que Aulio Trebonio, proscripto, mandó que jurasen sus herederos haber de entregar la mitad de la herencia á su hermano Paulo. Eran dos, en efecto, los fines que llenaba el fideicomiso: primero, permitir á los que morían en peregrinación, imposibilitados muchas veces para hacer testamento, por falta de testigos que tuvieran la cualidad de ciudadanos romanos, que dispusiesen codicilarmente la entrega de la herencia por medio de fideicomisos, y segundo, favorecer á los incapaces, como se dice en la *Instituta*, nombrando herederos directos á quienes tenían capacidad, y suplicándoles y hasta imponiéndoles la obligación de jurar que harían entrega de la herencia á la persona designada por el testador.

Hemos visto que el Emperador Augusto convirtió en obligatorios los fideicomisos, teniendo en cuenta diversas razones, y sobre todo la consideración especial á determinadas personas. Se sabe de un caso en que el mismo Emperador fué objeto de una herencia fideicomisaria, y en que prestó su asentimiento á la costumbre general. Pero el Emperador Justiniano quiso ir y fué más lejos en la concesión; llegando á disponer que ni siquiera se considerase necesaria la prueba por escrito ó por cinco testigos, como antes se exigía, sino que bastara la del juramento de calumnia, con las solemnidades requeridas por el procedimiento civil romano. Por entonces, la jurisdicción para conocer de los fideicomisos tenía ya pretores en las provincias; estaba además encomendada, en ciertos casos, por razón de la cuantía, á los cónsules; y llegaba á veces, por recursos extraordinarios, á manos del Emperador.

Los términos más usados para la ordenación de los fideicomisos eran éstos: *peto*, *rogo*, *volo*, *fidei tuae committo;* pido, ruego, mando, encomiendo á tu fe. Las mismas *Instituciones* contienen un ejemplo de fideicomiso: «Que Lucio Ticio sea mi heredero. Te ruego, Lucio Ticio, que en cuanto puedas adir esta mi herencia, la restituyas á Cayo Seyo.» Ninguna de estas fórmulas, sin embargo, era precisa; porque bastaba que de cualquier manera quedara probada la voluntad del testador.

Los romanos no consideraron el fideicomiso como una sustitución, sino como una herencia propiamente. El heredero primeramente instituído, al que se da el nombre de fiduciario, no perdía su carácter de tal ni aun después de restituída la herencia, y podían ser dirigidas contra él todas las acciones. Esta situación duró hasta el Senado-consulto Trebeliano, dictado en tiempo de Nerón, por virtud del cual, transmitida la herencia al fideicomisario, pasaban á éste todas las acciones favorables y se daban contra él todas las perjudiciales. Se modificó después por el Senado-consulto Pegasiano, de tiempo de Vespasiano, que concediendo en toda herencia fideicomisaria una cuota de la cuarta parte al heredero fiduciario, convirtió dicha herencia en un legado, donde se repartían proporcionalmente los derechos y las obligaciones ambos herederos.

Los fideicomisos eran universales ó singulares: en los primeros se trataba de toda la herencia, en los segundos de sólo una

cuota hereditaria determinada. Las *Instituciones* dedicaron dos títulos distintos á estos fideicomisos: el primero *(XXIII del libro II)* se llamó «De las herencias fideicomisarias»; el segundo *(XXIV idem)*, se denominó «De las cosas singulares dejadas por fideicomiso». Pero estas cosas singulares quedaron por completo equiparadas á los legados, y se reservó en realidad el nombre de fideicomisos para las llamadas herencias fideicomisarias.

No debemos ocuparnos de otras particularidades de los fideicomisos de Roma, por no ser nuestro intento hacer un capítulo del derecho romano. Ampliaremos únicamente la indicación ya hecha de que, no habiendo servido el Senado-consulto Trebeliano, aun con la transmisión que estableció, de acciones y derechos, del fiduciario al fideicomisario, para evitar el hecho frecuente de que el primer heredero, falto de toda recompensa en el testamento, y obligado, en cambio, á responder de las consecuencias del mismo, por su condición de heredero, hiciera renuncia de la herencia, con daño del fideicomisario, y con la consiguiente decadencia de la voluntad del testador, el Senado-consulto llamado Pegasiano estableció el derecho del heredero fiduciario para retener una cuarta parte de la herencia, transmitiendo al fideicomisario las tres cuartas partes restantes.

***

La herencia fideicomisaria en nuestra legislación antigua. Se ocuparon de ella principalmente la *ley 14 del tít. V, y la 8.ª del tít. XI de la Partida 6.ª*, informadas ambas por completo del sentido romano de la sustitución. Es sustitución fideicomisaria, decía la *ley 14, «establescimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa de su mano, que la dé a otro, assi como si dixesse el fazedor del testamento: Establezco por mio heredero a fulano, e ruegolo, o quiero, o mando que esta mi herencia, que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, é que despues que la dé e entregue a fulano»*. Añade dicha que la facultad de disponer esta sustitución es propia de hombre, salvas las prohibiciones generales establecidas resp de la capacidad.

El resto de las disposiciones de las Partidas se consagra á establecer la forma en que el heredero instituido habrá de restituir la herencia al fideicomisario, y á autorizar la deducción de la cuarta trebeliánica, del mismo modo que en el derecho romano Únicamente consideramos dignas de especial mención entre ellas las que atendían al caso de que el instituído heredero no quisiera recibir la herencia, y al de que, después de aceptarla, se negase á su restitución. Para estos casos se declaró que «*puedele apremiar el juzgador del logar, que lo faga*»; y, por otra parte, que lo establecido acerca de la cuarta trebeliánica «*se deue entender de esta guisa, que el heredero la deue auer quando entra la heredad de su grado, sin constreñimiento ninguno que el juez ficiesse; mas si es rebelde, non la queriendo entrar, e lo ouiesse á fazer por premio ó mandamiento del juez estonce non sacará la quarta parte sobredicha.*» Estas disposiciones existían también en el derecho romano.

No hubo modificaciones en la materia de la sustitución fideicomisaria, en general, hasta la *Novísima Recopilación*. En ella se dispuso que, en caso de no querer aceptar la herencia el instituído, pudieran hacerlo directamente los herederos fideicomisarios; con lo cual dejó de ser necesaria, en parte, la previsión de las Partidas. A consecuencia de esta ley de la *Novísima (1.ª, título XVIII, libro X)*, surgió la duda de si, desaparecidas las razones que se tuvieron en cuenta en Roma para el establecimiento de la cuarta trebeliánica, podía ésta seguir considerándose subsistente; duda que ha seguido en tela de discusión hasta nuestros días. Después de publicado el Código y de modificada la esencia de la sustitución fideicomisaria en los términos que veremos más adelante, no puede haber cuestión sobre la insubsistencia de la cuarta del heredero fiduciario.

Reducida á estas pocas disposiciones nuestra legislación antigua, fueron naturalmente numerosas las dificultades ocurridas sobre diversos hechos prácticos; y el vacío de las leyes hubo de llenarse con las opiniones de los tratadistas. Cuáles fueran los tivos de duda y cuáles las resoluciones recibidas en los pun- más salientes, nos tocará indicarlo al hacer el estudio de las posiciones particulares del Código acerca de la sustitución eicomisaria.

Pero hasta aquí vamos hablando de los fideicomisos tempo-

rales. Llega ahora el turno á los perpetuos, cuyo tipo es la institución conocida con el nombre de mayorazgo.

***

Origen y desarrollo histórico de los mayorazgos.—Se buscan los primeros rasgos de esta institución, y, en general, de todas las comprendidas bajo el nombre común de *vinculaciones*, en los fideicomisos familiares del derecho romano.

Varía en los autores el criterio con que se juzga aquella manifestación jurídica de Roma; porque mientras suponen unos que se trataba de verdaderos mayorazgos, con los rasgos esenciales propios de esta institución, esto es, la inalienabilidad de los bienes y el orden prefijado de suceder en ellos, opinan otros que faltaba este orden, que no se tenía el propósito de prolongar las sucesiones, sino de ampliarlas, haciendo partícipes sucesivamente á varios individuos de la familia, pero sin carácter alguno de perpetuidad. Como consecuencia de esta diversidad de criterio, en tanto que ciertos autores suponen dedicada una *Constitución* de Justiniano á reducir la facultad de que se venía haciendo uso, limitando al cuarto grado la sustitución fideicomisaria, entienden los contrarios que de lo que se trataba era de ampliarla, extendiendo el efecto del fideicomiso hasta la cuarta generación, sin mudar la naturaleza y sucesión de los bienes, ni fijar su posesión en manos de una sola persona.

Es indudable, entre estas distintas opiniones, que la *Constitución* de Justiniano obedecía á la tendencia á que nos hemos referido en primer término, no sólo porque se conservan datos suficientes para creer en la existencia de sustituciones fideicomisarias perpetuas muy anteriores á aquel Emperador, sino porque evidentemente, cuando se señalaba un grado máximo á las sustituciones, se tendía, no á ampliar, sino á limitar el derecho de los propietarios; so pena de admitir que no siendo frecuente el nombramiento de muchas personas sucesivas para la sustitución fideicomisaria, el legislador había publicado su disposición á modo de estímulo, para ir favoreciendo lentamente la costumbre de la sustitución perpetua, lo cual sería absu

Como quiera que sea, el fideicomiso familiar de Roma ni un hecho corriente de aquella sociedad, ni tenía el fundame y el efecto que dieron posteriormente vida á nuestros mayo

gos. Entre la pulmonía ordinaria y la epidémica no existen diferencias esenciales, pero mientras la primera se produce en pocos casos, obedeciendo á causas particulares de predisposición y de situación del individuo, y sometiéndose en sus consecuencias á líneas ya marcadas científicamente con anterioridad, es la segunda un hecho general y frecuente, obedece también á causas generales, á diátesis producidas á la vez en todos los individuos de una comarca por circunstancias atmosféricas ó de otro género, y afecta, en su desarrollo y en su fin, formas y caracteres imprevistos y generalmente funestos. Del mismo modo el fideicomiso familiar de Roma es un caso aislado, hijo del capricho del testador unas veces, medio, otras, aunque exagerado, de satisfacer una necesidad impuesta por determinada situación de la familia, y, en general, poco abundante de malas consecuencias sociales é individuales; mientras que la vinculación de bienes en forma de mayorazgo extiéndese por toda la sociedad, ataca á todas las clases sociales, obedece á causas y elementos de que también participan todas ellas, se desarrolla en formas no sospechadas, y termina produciendo en la familia y en el Estado destrozos morales y materiales que llegan á infundir desolación y espanto.

Estas causas generales de nacimiento y extensión del mayorazgo se produjeron en la atmósfera de la sociedad feudal. Época de turbación, de guerra constante, de triunfos y derrotas continuos, de la monarquía contra la nobleza y de la nobleza contra la monarquía; época de los predominios individuales sostenidos por la fuerza de las armas, y de la correlativa debilidad de los soberanos, aumentada por el fraccionamiento de los territorios; en que la monarquía se ve obligada de continuo, como recompensa unas veces al favor y como transacción otras de la lucha, á desprenderse de sus bienes y de sus prerrogativas naturales, y á investir con honores y con riquezas á los favorecidos de la suerte.

Los germanos habían dado á conocer la propiedad *alodial*, esto es, la que correspondía á cada individuo con independencia de todo otro poder. «Tener una tierra alodial, decía ya un cronista antiguo, es tener una tierra que nada debe á nadie, sino solamente á Dios. Y no debe ni censo, ni renta, ni deudas, ni servidumbres, ni tiene ninguna otra carga.»

Del alodio nació el *beneficio,* entendiéndose primeramente con esta palabra aquellas tierras alodiales de que se desprendía el propietario como recompensa al guerrero que se ponía á sus órdenes por medio de la *recomendación*. Más adelante se llama beneficio á muchas cosas: á los censales de los bienes eclesiásticos, á los bienes con que se retribuía á los servidores de los príncipes, bien en la milicia, bien en otra ocupación; última y principalmente, á las tierras de que se desprendía el rey en beneficio de sus vasallos.

Los beneficios empezaron por ser vitalicios ó temporales; pero diversas circunstancias llegaron á convertirlos en perpetuos. «Al lado del derecho del propietario, dice Laboulaye, hay un hecho muy importante y que acaba á la larga por dominar el derecho, que es la posesión y el cultivo. Sobre la tierra que habéis fecundado con vuestro sudor, que habéis cultivado y mejorado, habéis adquirido un derecho que cada año se hace más sagrado, el derecho que da el trabajo, origen de la misma propiedad. Llega un momento en que los intereses del cultivador se van desarrollando tan poderosamente sobre la tierra, que sería una injusticia extrema despojar al poseedor en provecho del propietario.» A esta causa, permanente en la historia de la propiedad, por la que se va del usufructo al dominio, inevitablemente, con el transcurso del tiempo, han de añadirse, en cuanto á la perpetuidad de los beneficios, la detentación hecha muchas veces por los nobles, consentida por el soberano, ya de grado, ya por fuerza; y en otras ocasiones, las más numerosas, la concesión otorgada por los monarcas, ó para recompensar servicios extraordinarios, ó para hacer entrar en obediencia á personajes poderosos. El beneficio hecho perpetuo se llama *feudo*, y, como la propiedad alodial, carece de toda autoridad ajena al dueño. «La jurisdicción civil y criminal, los impuestos y portazgos, el derecho de acuñar moneda, y todos los demás que hoy corresponden á la soberanía, formaban parte de los feudos.» Como es sabido, en estos feudos se sucedía por derecho de masculinidad, excluyendo á las mujeres, como consecuencia del principio antiguo de la propiedad germana; y se sucedía, además, por derecho de primogenit derecho derivado de la necesidad de considerar indivisibl feudo, como el servicio militar á que se hallaba agregado.

Previas estas indicaciones, hechas ligeramente por refe

á puntos demasiado conocidos de la generalidad de las personas que nos lean, podemos ya, de acuerdo con el ilustre historiador del derecho Sr. Azcárate, considerar que el mayorazgo tuvo por origen, al menos por origen próximo, la decadencia del feudalismo y la condición cortesana que adquirió la nobleza al cabo de algún tiempo; por donde se empezó á pensar en la conveniencia de hacer perpetuos el lustre y las tradiciones de los antepasados, mediante la vinculación de la propiedad en manos de una sola persona. De los nobles pasó la tendencia á los plebeyos, y el mayorazgo se hizo general. ¿Qué vino á ser el mayorazgo? La sustitución fideicomisaria romana, en cuanto á su forma; en cuanto á su fondo, la combinación de esta sustitución con el derecho de primogenitura y con el principio de masculinidad.

De las vicisitudes de los mayorazgos, desde su origen en los beneficios temporales hasta sus últimas manifestaciones, por lo que hace á España, se ocupó expresamente Sempere y Guarinos en su conocida obra *Historia de los vínculos y mayorazgos*, á la que nos referimos para el estudio extenso de la materia.

Todavía en el siglo x, la mayoría de las concesiones hechas por los reyes tenían carácter temporal; la frecuencia de la perpetuidad de los feudos no empieza á advertirse hasta el siglo xi. En 1020 se concedió un fuero á León, en el que se permitía á los poseedores de bienes cedidos por la Corona la facultad de dejarlos á sus hijos y nietos. Poco después, D. Alfonso VI otorgó á la ciudad de Toledo un fuero aún más amplio, por el que se consintió que heredaran á los caballeros, en las cosas del Rey, sus hijos y parientes más próximos.

Las *Partidas* contuvieron disposiciones favorables y contrarias á la perpetuidad de los feudos, por cuya confusión, entre otras causas, esta perpetuidad se fué extendiendo tanto, que en el año 1312 las rentas de la Corona habían quedado reducidas á una sexta parte, á pesar de la continua protesta de las Cortes. Situación tan triste llegó aún á serlo más con la publicación del *Ordenamiento de Alcalá*, en el que, no sólo se confirmó la perpe-[illegible]dad de las concesiones hechas hasta entonces, sino que se au-[illegible]izó la subsistencia de todas las que, sin constar en cartas ni [illegible]vilegios, tuvieran á su favor la posesión de tiempo inmemo-[illegible]. Las célebres *mercedes Enriqueñas*, con las que D. Enri-[illegible] II supo contentar á los poderosos de su tiempo y allegar re-

cursos á la Corona, sirvieron en definitiva para empeorar la situación, y mucho más las otorgadas en tiempo de D. Juan II, en que se llegó á poner en venta y á enajenar perpetuamente las dignidades, los oficios y hasta las rentas de la Corona. De esta época en adelante se hicieron esfuerzos vigorosos por los Reyes Católicos, por Carlos V, por Felipe II y por Felipe V, para contener el mal; pero los mayorazgos, de origen real y de origen particular, habian tomado vuelos muy crecidos, que sólo en parte podian contenerse con disposiciones indirectas y limitadas, como la del Auto acordado de 1720, en tiempo de Felipe V, *ley 11, título XVII, lib. X de la Recopilación,* en donde se preceptuó que los mayorazgos de las donaciones reales de D. Enrique II se considerasen limitados á los descendientes del primer adquirente ó donatario, no para todos, sino para el hijo mayor del último poseedor; de tal manera, que no dejando este último poseedor hijos ó descendientes legítimos, aun teniendo hermanos ú otros parientes transversales, revertieran á la Corona aquellas donaciones y mercedes, dando á S. M. posesión de ellas.

Por otra parte, en todas estas disposiciones, á contar desde la revocación hecha por Doña Isabel la Católica en su testamento, de las mercedes que por el Rey y por ella se habian confirmado, así como de las que se habian concedido de nuevo, sobre lugares, villas, ciudades y fortalezas pertenecientes á la Corona Real, incluso las fundadas en servicios ó satisfacciones ó remuneraciones, se trataba principalmente de poner un coto á las donaciones reales, que habian ido disminuyendo exageradamente el patrimonio de la Corona, mientras que de los mayorazgos de origen particular y de los que, procedentes de donación del Rey, se habian ya consolidado por el tiempo, no se hacia indicación directa ni precisa, útil para dificultarlos y disminuirlos. Antes por el contrario, las Cortes de Toro y varias otras posteriores, hasta el reinado de Felipe V, se habian limitado, en cuanto á los mayorazgos que se consideraban debidamente constituídos, á estudiar dudas de distintas clases, acumuladas á diario por las deficiencias de la legislación en tan complicado asunto, sin tentar directamente poner óbice á la multiplicación de los mayorazgos, que lentamente iba produciendo visible malestar y justificada protesta.

Como indica Sempere, la *ley 27 de Toro*, por la que se disp

que pudiera imponerse cualquier clase de sustitución ó vínculo en el tercio con que el padre ó la madre mejoraran á sus hijos ó descendientes legítimos, fué una considerable ampliación de la facultad de vincular bienes raíces; como lo fué también la *ley 46*, que declaró amayorazgadas y sujetas á la transmisión forzosa, todas las obras de construcción, reparación y reedificación que hicieran los poseedores dentro de las fincas propias del mayorazgo. Las Cortes posteriores, si no ampliaron, tampoco restringieron la inmoderada facultad de vincular bienes raíces. Vinieron, en fin, á menos, y últimamente á nada, las concesiones de la Corona, por la evolución de ideas que ya dejamos referida; pero crecieron inmensamente los mayorazgos de fundación particular, y se produjo, al fin, una situación insoportable, análoga á la originada por la amortización de bienes en manos de la Iglesia y demás sociedades perpetuas, de que nos hemos ocupado al comentar el art. 745 del Código.

***

Legislación y doctrina jurídica de los mayorazgos. — Dos caracteres esenciales se asignan á los mayorazgos: la prohibición de enajenar y la sucesión en los bienes con arreglo al orden determinado por el fundador. Como la prohibición de enajenar era también una condición de los bienes poseídos por manos muertas, algunos autores reducían la esencia del mayorazgo á la condición del orden de suceder.

Otros autores indicaban además, como carácter distintivo del mayorazgo, la perpetuidad, considerando que no pasaba de ser un fideicomiso temporal la vinculación de bienes por tiempo determinado. Sin embargo, la opinión común no admitía distinciones esenciales en los mayorazgos con referencia á su duración, por no haber inconveniente alguno ni diferencia de voluntad y de efectos, en que se señalase por el fundador el tiempo en que los bienes debían hallarse vinculados.

Del mismo modo, no era una condición precisa que los bienes biesen de quedar vinculados dentro de una familia determida, carácter que se señalaba también en los mayorazgos por chos tratadistas; porque el fundador tenía indiscutible facul-d para señalar un orden cualquiera de suceder en los bienes, relación con los accidentes de la familia.

Habia, en resumen, una forma de mayorazgos, que era la corriente, y la denominada por los autores *regular*, en la que se llamaba al goce de determinados bienes á una familia, con carácter perpetuo, y por el orden de sucesión de la Corona de España, ó sea, prefiriéndose á la mejor línea; dentro de la línea, al grado más próximo; en igualdad de grados, al sexo masculino, y en igualdad de sexos, á la edad. Todos los demás mayorazgos, en que se introducía por el fundador variación de estas condiciones, se llamaban irregulares, y sus únicos caracteres, propios é inalterables, eran la prohibición de enajenar y la sujeción forzosa al orden de suceder marcado por el fundador.

Los tratadistas, admitiendo la posibilidad de variar hasta el infinito las formas de los mayorazgos, habían clasificado los irregulares más corrientes en siete principales grupos: de *agnación*, en el que sucedían sólo los varones descendientes del fundador de varón en varón, sin mediar hembra alguna; de *masculinidad*, en el que se admitía sólo á los varones, pero sin distinguir los procedentes de hembra de los procedentes de otro varón; de *femineidad*, en el que sucedían las mujeres, bien con exclusión, bien con preferencia á los varones; de *segundogenitura* (para distinguirle del regular, también llamado de *primogenitura*), en el que sucedían los segundos hijos por orden sucesivo; *alternativo*, en el que eran llamados los parientes de las distintas líneas, alternando y pasando de una línea á otra á cada vacante; *saltuario*, en el que sucedía siempre el pariente del fundador que más edad tuviese al tiempo de fallecer el poseedor de los bienes, y *electivo*, en el que se permitía al poseedor elegir quien le sucediera en el mayorazgo dentro de un círculo más ó menos amplio.

Se daba también el nombre de *incompatibles* á ciertos mayorazgos en que el fundador había impuesto la condición de incompatibilidad con otros. Se distinguían ocho maneras de incompatibilidad: *expresa*, cuando el fundador la indicaba con palabras terminantes; *tácita*, cuando se infería de otras disposiciones del fundador; *absoluta*, cuando era declarada con ción á todo otro mayorazgo; *relativa*, cuando sólo se hací compatible con ciertos y determinados mayorazgos exti *para adquirir*, que impedía al poseedor la adquisición de mayorazgo; *para retener*, que le impedía solamente pose

juntos, pero con facultad para adquirirlos y para elegir entre ellos; *personal*, cuando la incompatibilidad se limitaba al poseedor; *real ó lineal*, cuando abarcaba toda la línea á que pertenecía el poseedor. A estas incompatibilidades, nacidas de la voluntad del testador, se había unido la impuesta por una ley de Toro, que vino á ser la 7.ª *del tít. XVII, lib. X de la Novísima Recopilación*, y que disponía que cuando, por casamiento, se juntaran dos casas de mayorazgo, teniendo alguno de ellos la renta de dos millones de maravedises (14.700 pesetas) ó más, el primogénito había de escoger el que quisiere, pasando el otro al segundogénito, y á falta de éste, conservándose unidos hasta la sucesión de dicho primogénito, para la división entre sus hijos en la misma forma.

Como es natural, el orden de la sucesión se acomodaba siempre á la voluntad del fundador, cuando éste le había expresamente señalado. A falta de la determinación de un orden, y, en general, en todo mayorazgo regular, se sucedía también por derecho de representación; cosa que no ocurría en los irregulares. Así lo dispuso la *ley 9.ª, tít. XVII, lib. X de la Novísima Recopilación*, dictada en 1615, y por la que, salva la voluntad expresa del fundador, muerto el inmediato sucesor del poseedor de un mayorazgo antes que éste, sus hijos ó descendientes ocupaban su grado y su lugar para la sucesión.

Fuera de este punto, en cuanto á las condiciones del sucesor en el mayorazgo, no había determinación legal alguna propia de la materia, acudiéndose á las leyes de *Partida y á la 9.ª de Toro* para distinguir entre los hijos legítimos y no legítimos, y considerar que los últimos, así como los legitimados por rescripto del Rey, no eran preferidos ni aun á los colaterales, por las impurezas de su condición. Nos parece inútil extendernos en indicaciones más detalladas sobre esta materia, del mismo modo que en la de las líneas numerosas que distinguían los tratadistas para la sucesión en el mayorazgo: paterna y materna, masculina y femenina, actual ó posesoria, contentiva, de agnación, de cualidad, de primogenitura, de sustancia habitual, etc.

Son interesantes, en cambio, los efectos que los tratadistas cedían á los mayorazgos; y aun puede su estudio ser indispensable alguna vez en la práctica forense, por relación con los genes de determinadas propiedades.

Era, en primer lugar, efecto, al mismo tiempo que condición del mayorazgo, la inalienabilidad de los bienes. En tanto podian pasar de unas á otras personas, siguiendo el orden del fundador, en cuanto se les hubiera de retener forzosamente en las manos de aquel á quien llegaban. Este principio, el más absoluto en materia de mayorazgos, tenía, sin embargo, dos excepciones: 1.ª, la de que por causa de utilidad pública se hubiera de expropiar determinados bienes del mayorazgo; 2.ª, la de que por necesidad ó utilidad del propio mayorazgo se estuviera en el caso de enajenar cierta parte de él, para atender al resto. No hay ley ninguna en que se introdujera esta excepción; pero todos los intérpretes la admitian sin debate, por la fuerza de necesidad del caso, y requiriendo, de todos modos, que á la enajenación precediese licencia real, con vista de las razones en que el poseedor la fundara. Cualquiera otra enajenación, caso de hacerse, era completamente nula, debiendo volver al mayorazgo los bienes en que consistiese, sin perjuicio de las acciones personales que el comprador pudiera intentar contra el enajenante.

Era además el mayorazgo indivisible; no tampoco por disposición expresa de una ley, sino por doctrina de los jurisconsultos, apoyada en la consideración de ser indivisible la sucesión á la Corona, y en la de presumirse como voluntad del fundador el deseo de tener la honra de ser representado por una sola persona en cada generación. Los tratadistas mismos, sin embargo, reconocían la necesidad de destruir la regla en el caso de que, naciendo de un mismo parto dos varones ó dos hembras, se hiciera imposible averiguar quién de los dos nació primero; creyéndose que entonces el mayorazgo habría de dividirse entre ellos por igual. De mucho tiempo atrás estaba resuelto que, en el parto doble, aun siendo científicamente el primer concebido, en la generalidad de los casos, el que nace en último lugar, se considerase primogénito al nacido primero, por la imposibilidad práctica de distinguir al primeramente engendrado. Cuando la duda se refería al hecho de quién de los dos había nacido primero, la solución era más difícil; pero también la había ya dada claramente la *Partida 7.ª, ley 12, tit. XXXIII*, disponiendo que «*estonce ambos deuen auer aquella honrra, e el heredamiento que auria el que ante nasciesse, a quien dicen latin primogénito.*» Conviene advertir que, sin embargo de e

disposición legal, tratadistas de mucha importancia se oponían en absoluto á la divisibilidad del mayorazgo, á causa de la especial naturaleza de esta institución; y, por consecuencia, á juicio de ellos, en el caso de que se trata, los bienes debían ser adjudicados á aquel de los gemelos que resultase favorecido por la suerte.

En cuanto á la responsabilidad por deudas, era efecto propio de los mayorazgos que todos los poseedores quedasen obligados al pago de las contraídas por el fundador, puesto que, como sustituciones hereditarias que eran, cada poseedor adquiría su derecho en calidad de heredero, con todas las consecuencias que de esto se derivan. En cambio, las deudas de cada uno de los poseedores no afectaban al que le sucedía en el mayorazgo, porque esta sucesión, decían los autores, no es derecho hereditario, sino derecho de sangre. Sin hablar de este derecho de sangre ó de linaje, como se le llamaba, porque de ninguna manera le resulta propia la denominación de derecho, la razón de no estar obligados los poseedores del mayorazgo al pago de las deudas de sus antecesores en la posesión, está también en el carácter propio de la sustitución fideicomisaria, que no permite considerar al sustituto como causahabiente del heredero fiduciario, sino sólo del fideicomitente.

Por último, entre los efectos de menor importancia que se atribuían á los mayorazgos, son de citar: 1.°, que, con arreglo á la *ley 45 de Toro*, muerto el poseedor legítimo de los bienes amayorazgados, pasaban éstos sin aprehensión material al que debía suceder en ellos según el orden de la vinculación; no importando á este fin que otra persona en vida del poseedor, con ó sin la voluntad de éste, hubiese entrado á su disfrute; 2.°, que los bienes del mayorazgo eran imprescriptibles, sin que pudiera valer contra ellos ni la prescripción inmemorial; 3.°, que como antes se ha dicho, y por virtud de lo dispuesto en la *ley 46 de Toro*, las mejoras hechas por los poseedores del mayorazgo en los bienes correspondientes al mismo quedaban también amayorazgadas, cualquiera que fuese la procedencia del dinero ó de los bienes con que se hiciese la mejora, y 4.°, que los bienes de mayorazgos habían de pasar íntegramente á cada poseedor, quedando anulados los contratos de arrendamiento que anteriormente hubieran podido celebrarse.

Bastará añadir, para completar este resumen del derecho positivo de los mayorazgos, que no sólo podían ser fundados en testamento, sino también en contrato; punto, acaso el único esencial, que distinguía el mayorazgo de la genuina sustitución fideicomisaria á que nos hemos referido en los epígrafes anteriores.

***

Inconvenientes de los mayorazgos.—Lo mismo que la amortización eclesiástica, la amortización civil trajo la inevitable consecuencia de aglomerar la propiedad en manos de pocas personas, sustituyéndola á los beneficios de la libre concurrencia, haciéndola inútil para la industria y disminuyendo sus ventajas para la agricultura. El ilustre Campomanes examinaba los resultados prácticos de la amortización en nuestras provincias, y se preguntaba con dolor: «¿Cuál es aquella en que la mayor y mejor porción de la propiedad territorial no está amortizada? ¿Cuál aquella en que el precio de las tierras no sea tan enorme que su rendimiento apenas llega al uno y medio por ciento? ¿Cuál aquella en que no hayan subido escandalosamente las rentas? ¿Cuál aquella en que las heredades no estén abiertas, sin población, sin árboles, sin riegos ni mejoras? ¿Cuál aquella en que la agricultura no está abandonada á pobres é ignorantes colonos? ¿Cuál, en fin, aquella en que el dinero, huyendo de los campos, no busque su empleo en otras profesiones y granjerías?»

De la acumulación de la propiedad territorial, lo mismo en manos de la Iglesia que de los particulares, vino el empobrecimiento de la agricultura, con la ruina de los edificios, con el abandono de las propiedades, con la falta de estímulo de los propietarios para mejorarlas y con la imposibilidad de los cultivadores para hacerlas suyas; y del empobrecimiento del suelo y de la separación perpetua del propietario y del colono, vinieron también, como naturales consecuencias, el decaimiento de la industria y del comercio y el desequilibrio de todas las fuerzas económicas de la Nación. No han adelantado bastante las ciencias experimentalistas de la economía y de la sociología precisar hasta qué punto los males nacionales tenían por origen la amortización de la propiedad territorial, y en qué medida

traban igualmente á producirlos la decadencia del Poder político y los abusos del régimen absolutista.

Pero para negar el gran influjo de la amortización en aquellos fenómenos de abatimiento de la riqueza pública, habría que limitar la observación á nuestra patria, cuando, por el contrario, el malestar fué general en toda Europa, lo mismo en las Naciones fuertes que en las débiles, en las grandes como en las pequeñas, y siempre en razón directa del incremento de la amortización civil y eclesiástica.

Iguales los efectos de una y otra amortización de la propiedad territorial, cuando se les examina en términos generales, tienen los mayorazgos, sin embargo, aspectos propiamente suyos en las causas y en las consecuencias.

Por esto el estudio de ambas amortizaciones se ha hecho siempre con separación en las obras de los economistas y de los jurisconsultos, y por eso también las medidas con que los legisladores acudieron á remediar el mal fueron distintas y hasta merecieron diferentes denominaciones, llamándose desamortización, propiamente, á la desaparición de las personas jurídicas, y desvinculación al término de las propiedades individuales separadas de la circulación.

Es conveniente que hagamos algunas indicaciones acerca de estas especialidades de los mayorazgos, tributando para ello el culto indispensable á las ideas que el ya citado gran economista D. Gaspar Melchor de Jovellanos, expuso en el famoso informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla, con motivo del expediente instruído en 1766 para el establecimiento de una ley agraria.

Jovellanos, siguiendo las opiniones de todos los economistas de su tiempo, se pronunció abiertamente en contrario á la subsistencia de las vinculaciones. «Conceder á un ciudadano el derecho de transmitir su fortuna á una serie infinita de poseedores; abandonar las modificaciones de esa transmisión á su sola voluntad, no sólo con independencia de los sucesores, sino también de las leyes; quitar para siempre á su propiedad la comunicabilidad a transmisibilidad, que son sus dotes más preciosas; librar la nservación de las familias sobre la dotación de un individuo cada generación y á costa de la pobreza de todos los demás, atribuir esta dotación á la casualidad del nacimiento, prescin-

diendo del mérito y de la virtud, son cosas, no sólo repugnantes á los dictámenes de la razón y á los sentimientos de la naturaleza, sino también á los principios del pacto social y á las máximas generales de la legislación y de la política.»

Pero Jovellanos no llegaba á pedir que fueran suprimidos desde luego todos los mayorazgos. Le bastaba con que se prohibiera su fundación para lo sucesivo, y con aplicar á los subsistentes ciertas medidas que indicaremos después. Respetaba, pues, los mayorazgos ya constituídos, y no se atrevió á negar en redondo que sirvieran, como se decía, para conservar la nobleza, y que fueran inseparables de ella. Indicaba, sí, que la antigua nobleza española había sido rica y propietaria, no heredando los bienes, sino ganándolos á punta de lanza; pero concluía, después de todo, considerando justo «que la nobleza, ya que no puede ganar en la guerra estados ni riquezas, se sostenga con las que ha recibido de sus mayores, y que el Estado asegure en la elevación de sus ideas y sentimientos, el honor y la bizarría de sus magistrados y defensores.»

Sobre estas bases, Jovellanos hallaba en los mayorazgos tres males merecedores de corrección.

En primer lugar, «el más notable, si no el mayor de todos los daños, es el que sienten las mismas familias en cuyo favor se han instituído (los mayorazgos). Nada es más repugnante que ver sin establecimiento ni carrera, y condenados á la pobreza, al celibato y á la ociosidad los individuos de las familias nobles, cuyos primogénitos disfrutan grandes mayorazgos.» La misma Sociedad Económica de Madrid se expresaba así en 1783: «El orgullo y la vanidad que toman las familias en que hay alguno de estos vínculos, por pequeño que sea, inclina á los individuos de ellas á no emplearse en oficios mecánicos, aun de los que pasan por más decentes, á rehusar los matrimonios que reputan inferiores y á parar en vagos y viciosos, sin procrear con utilidad.» El Conde de Floridablanca se dolía también de que los mayorazgos prestan un motivo frecuente para que los poseedores y sus hijos y parientes abandonen los oficios, porque envanecido el poseedor con el mayorazgo, se avergüenza de aplicar á un oficio mecánico, siguiendo el mismo rumbo el primogén y los hermanos, aunque carezcan de la esperanza de suced con todo lo cual se van multiplicando lo ociosos.

El segundo mal que Jovellanos señalaba era el producido por la doctrina de que el sucesor del mayorazgo no estaba obligado á pasar por los arrendamientos celebrados por su antecesor. «Pero semejante doctrina parece muy ajena de razón y equidad, porque si se prescinde de sutilezas, no se puede negar al poseedor del mayorazgo el concepto de dueño de los bienes vinculados, para todo lo que no sea enajenarlos ó alterar su sucesión; ni el concepto de mero administrador, que le atribuyen los pragmáticos, deja de ser bastante para hacer firmes sus contratos y transmisibles sus obligaciones. Entre tanto, semejantes opiniones hacen un daño irreparable á nuestra agricultura, porque reducen á breves períodos los arriendos, y, por lo mismo, desalientan el cultivo de las tierras vinculadas. No debiendo esperarse que labren sus dueños, alejados por su educación, por su estado y por su ordinaria residencia, del campo y de la profesión rústica, ¿cómo se espera de un colono que descepe, cerque, plante y mejore una suerte que sólo ha de disfrutar tres ó cuatro años, y en cuya llevanza nunca esté seguro?»

«Por último, dice Jovellanos, como tercero de los males necesitados de remedio, parece indispensable derogar la *ley de Toro* que prohíbe á los hijos y herederos del sucesor del mayorazgo la deducción de las mejoras hechas en él... Ni para persuadir la injusticia de las doctrinas que se han fundado en ella necesita la Sociedad demostrar los daños que ha causado al cultivo, distrayendo de sus mejoras el cuidado de muchos buenos y diligentes padres de familia, porque le parece todavía más inhumanidad sacrificar á un vano orgullo los sentimientos de la Naturaleza y, á trueque de engrandecer su nombre, condenar su posteridad al desamparo y la miseria.» También decía la misma Sociedad en el citado año 1783: «Muchos opinan que el no poder los poseedores de bienes vinculados sacar de ellos en su muerte el importe de las mejoras es una causa muy principal de su deterioración, porque no se aplican á repararlos y mejorarlos, creyendo que han de perder el gasto y que le usurpan á los hijos menores, que no han de suceder en los vínculos; de manera que prefieren comprar y mejorar otros bienes á la reparación de los vinculados.» Los defensores de los mayorazgos se quejan, con razón, de que este mal no era consecuencia de éstos, sino de una injustificada interpretación de los tratadistas.

La *ley 46 de Toro*, de que hemos hecho ya mención, se refería sólo á «las fortalezas que se hicieran en las ciudades, villas, etc., de mayorazgo, ya fuese de nuevo ó ya por reconstrucción, y á los edificios que se hicieran en las casas de mayorazgo, labrando ó reparando ó reedificando en ella:» habiéndose después aplicado la disposición legal á toda clase de mejoras, rústicas y urbanas, por consideración no muy ajustada á la regla de hermenéutica que manda aplicar la misma disposición de ley á los casos en que la razón de derecho es también la misma.

Había además motivos de diversas clases que producían evidentes perjuicios en la institución de los mayorazgos. No era culpa propia de ellos la injusticia de que los acreedores del poseedor quedaran sin cobrar sus créditos, por haber de pasar los bienes íntegramente al nuevo poseedor, mal que, por otra parte, podía evitarse sin duda con una prudente precaución de los acreedores; pero de hecho el mal se producía por la dificultad práctica de considerar desprovisto de toda garantía á quien disfrutaba de cuantiosas rentas y de elevada posición social. Tampoco era fruto directo del mayorazgo el abuso del censo perpetuo, con el que poco á poco se iban haciendo inútiles los usufructos de la propiedad vinculada, matando el derecho del poseedor, y obligando indirectamente al abandono de los bienes; pero también el caso se hizo frecuentísimo, con la consiguiente agravación del daño producido por los mayorazgos. Por último, es indudable que los mayorazgos constituían una contradicción del sistema de legítimas y mejoras, puesto que los bienes de que disfrutaba el padre, con los que se atendía á la educación de los hijos y al sostenimiento del hogar doméstico, pasaban de pronto á uno sólo de esos hijos, ó acaso á otra persona, con el consiguiente desorden de la familia, y con una triste ejemplaridad social. ¿Qué tan penoso como ver de pronto reducidos á la miseria, por merced de un hecho general, autorizado y estimulado por la ley, los hijos del poseedor de un mayorazgo, acostumbrados á vivir en la opulencia, y esperanzados justamente de un lisonjero porvenir? ¡Tras de la muerte del padre, la desaparición del hogar, la interrupción de la carrera empezada, la sustitución del tra de la comida, el pase de la condición de amo á la de servi el derrumbamiento del presente y la negación del porv Y por otra parte, ¡qué de antipatías, de recelos, de enem

des, de odios, de malas pasiones, sembrados en el seno de las familias!

Para remediar los males de los mayorazgos, sin intentar su supresión, se propusieron varias medidas. Condensando y reuniendo las principales de ellas, resulta de los trabajos de jurisconsultos y de economistas de fines del pasado siglo que se había hecho indispensable:

1.° Declarar terminado el derecho de vincular bienes por testamento y por contrato, por vía de mejora, de fideicomiso, de legado ó en cualquier otra forma.

2.° Reducir, en otro caso, la facultad de vincular al segundo, tercero ó cuarto grados en los mayorazgos que se fundaran en lo sucesivo.

3.° Que en cuanto á las vinculaciones ya existentes, se respetaran los derechos de la nobleza, útil al servicio del Estado en la carrera de las armas y en la de las letras, suprimiendo todo mayorazgo que no llegase á una determinada cantidad de renta, que se fijaba en dos, tres ó cuatro mil ducados.

4.° Que se comprendiera en los mayorazgos toda clase de bienes y derechos que produjeran frutos civiles, limitando la vinculación de los inmuebles á la tercera, cuarta ó quinta parte del total importe de lo vinculado.

5.° Que se permitiera á los poseedores de los mayorazgos dar en enfiteusis los bienes de la fundación, con las debidas precauciones, para evitar fraudes.

6.° Que se respetaran los contratos de arrendamiento hechos por cada poseedor, señalando, á lo más, un término prudente, de treinta años, por ejemplo, como máximum de la facultad del poseedor.

7.° Que se concediera permiso para vender, con ciertas condiciones, algunos de los bienes vinculados en todos los casos en que se permitía sujetarles á gravamen de censo perpetuo.

8.° Que se permitiera á los herederos del poseedor detraer, o todas, algunas clases de mejoras de las hechas por su caute, como las de nuevos plantíos donde antes no los hubiere, ›vos riegos y nuevos edificios, previa la declaración judicial ›sta calidad de las mejoras.

° Que todo vínculo estuviese afecto al pago de dotes y do-

naciones *propter nuptias*, y, asimismo, en cierta parte, al de las deudas contraídas por los poseedores.

Y 10. Que se limitasen los mayorazgos á las familias, y que, acabadas éstas, no pudieran pasar los bienes á otras personas ó entidades, ni aun habiéndolo ordenado el testador.

Muy pronto, como vamos á ver en el próximo apartado, el derecho positivo empezó á responder á estos requerimientos de la opinión general, marchando rápidamente por el camino que le indicaba la misma.

***

Otras especies de vinculación.—Hemos hablado hasta ahora casi exclusivamente de los mayorazgos, porque éstos originaron en realidad el conflicto producido por las vinculaciones. Pero es sabido que los vínculos fueron de muchas clases; que casi todos ellos ocasionaron trastornos, y que también á todos, con ligerísimas excepciones, alcanzaron los efectos de la protesta á que venimos haciendo referencia.

Entraban, en primer lugar, en el concepto de vinculaciones, aparte de los mayorazgos, las *capellanías*. Propiamente, bajo el nombre de capellanías se comprendían aquellas fundaciones en que se aplicaba determinados bienes á servir de título para la ordenación eclesiástica de una persona, con la carga de celebrar anualmente cierto número de misas en tal ó cual iglesia señalada por el testador. Se llamaba á estas capellanías *colativas*, y se distinguía entre ellas el grupo de las llamadas *de sangre* ó *familiares*, á cuyo disfrute eran llamados los parientes del testador, según el orden por él establecido, y el de las llamadas *simples* ó *gentilicias*, en que los patronos de la fundación tenían el derecho de nombramiento de personas, sin atención á parentesco alguno.

Había, por otra parte, las capellanías llamadas *de legos* ó *mercenarios*, en las que el poseedor de los bienes no necesitaba ser clérigo, bastando con que cumpliera la voluntad manifestada por el testador, mediante las diligencias necesarias] que se celebrasen los sufragios ú oficios eclesiásticos determ dos en el testamento Se las llamaba también *patronatos de le legados pios y memorias de misas*, y ofrecían innumerables mas, dependientes en cada caso de la intención del testa(

Pero, como se advierte desde luego, lo mismo las capellanías de la primera clase que las de la segunda, consistían fundamentalmente en la vinculación de ciertos bienes, sujetos á una carga perpetua, y separados, por lo tanto, de la circulación, en cuyo concepto afectaban iguales caracteres que los mayorazgos é iguales inconvenientes y daños jurídicos y económicos.

De forma semejante á las capellanías laicales eran las llamadas *cargas piadosas*. Estas cargas podían ser espirituales ó temporales, comprendiéndose entre las primeras los gravámenes impuestos para la celebración de misas, aniversarios, festividades y, en general, para actos religiosos ó de devoción, en iglesia, santuario, capilla, oratorio ó en cualquier otro lugar sagrado, y perteneciendo á las segundas los impuestos para actos de otro género, de instrucción, beneficencia, etc. El tecnicismo en toda esta materia carece de precisión suficiente para evitar confusiones, de las que hasta la legislación y la jurisprudencia participan; pero podría señalarse una característica de las cargas piadosas, distinguiéndolas de las capellanías por el hecho de no envolver aquéllas, y sí éstas, referencia á poseedores fijos y predeterminados. Las cargas piadosas, para ser consideradas tales, no necesitan otra cosa que hallarse impuestas sobre bienes determinados, con independencia de las personas á quienes puedan transmitirse.

Se considera por algunos como otra especie de vinculación, de verdadera importancia, la de los *patronatos* ú *obras pías*. Tampoco se puede precisar de una vez el verdadero concepto de estas vinculaciones; sin embargo, su característica está determinada por la circunstancia de que el objeto piadoso á que se aplican los bienes por el testador absorbe enteramente los productos de los mismos, no quedando, por lo tanto, beneficio ninguno al poseedor de ellos. Son bienes entonces independientes, faltos de verdadero propietario. Un patrono ó varios tienen á su cargo el deber y el derecho de la inversión de los productos según lo dispuesto por el testador; pero sobre los bienes no existe una propiedad real por parte de nadie. Es lo que concretamente se llama, en lenguaje vulgar y jurídico, una fundación; y no pertenece, por lo tanto, al presente estudio, sino al de la propiedad de manos muertas, que en otro lugar tenemos hecho.

Eran, por último, vinculaciones, en su sentido propio, los tí-

tulos, prerrogativas y honores de que disfrutaban ciertas personas con carácter hereditario; unas veces anejos á un vínculo de bienes, á un mayorazgo; otras veces independientes de toda vinculación. Como se comprende desde luego, ninguna de las razones que ocasionaron el resentimiento social de los mayorazgos pudo ser aplicable á estos títulos, cuyos motivos de existencia, puramente honoríficos, dependen de otra clase de consideraciones que los bienes muebles é inmuebles de los demás vínculos.

***

Legislación desvinculadora.—La primera disposición legislativa en contra de los mayorazgos, directamente encaminada á su disminución, fué la *Real cédula de 14 de Mayo de 1789*, publicada como *ley 12* del *tít. XVII, libro X* de la Novísima Recopilación.

«Sabed, dice, que para evitar los daños que causa al Estado el abandono de casas y tierras vinculadas y otras cuya enajenación está prohibida... y teniendo presente que el origen principal de estos males dimana de la facilidad que ha habido de vincular toda clase de bienes perpetuamente... con otros perjuicios de mayor consideración, como son los de fomentar la ociosidad y la soberbia de los vasallos poseedores de pequeños vínculos ó patronatos, y de sus hijos y parientes, y privar de muchos brazos al ejército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios...»

Este preámbulo, como se ve, es una aceptación clara y terminante de las opiniones que habían expuesto los escritores de la época, y demuestra hasta qué punto había llegado á la categoría de necesidad el remedio de los daños producidos por las vinculaciones.

Las medidas adoptadas en la Real cédula, con la justificación contenida en dichas palabras, sin embargo de no ser tan radicales como proponían los autores, marcaron ya resueltamente el paso en el camino de la desvinculación.

Ordenóse, en primer lugar, que en lo sucesivo no se pud fundar mayorazgos, aun siendo por vía de agregación de mej de tercio y quinto, ó por quienes no tengan herederos forzo ni prohibir perpetuamente en forma alguna la enajenación

bienes inmuebles, sin preceder licencia del Rey, concedida á consulta de la Cámara.

Para esta licencia se habría de tener en cuenta:

1.° Que el vínculo tuviese una renta de tres mil duros ó más.

2.° Que la familia del fundador pudiera aspirar, por su situación especial, á la concesión de gracia, á fin de prestar utilidad al Estado en la carrera militar ó en la política; y

3.° Que se impusiese el vínculo principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de Banco ú otros semejantes, quedando libre la circulación de bienes raíces, salvo en alguna parte muy necesaria ó de mucha utilidad pública.

Quedaban, pues, satisfechas en gran parte las aspiraciones de Campomanes y demás escritores, puesto que se limitaban los mayorazgos á una renta considerable, suprimiendo los pequeños, origen de tanta vanidad y ociosidad; se atendía á la utilidad pública, exigiendo una situación preeminente y digna de consideraciones en la familia del fundador, y se reducía á pequeña parte la posibilidad de perpetuar la propiedad de los bienes raíces, por cuya libre circulación tan justamente se clamaba.

Dos Reales decretos de *21 de Agosto de 1795* añadieron una limitación notable á las de la Cédula de 1789. Refiérese uno de ellos á todos los bienes raíces y derechos reales que de allí en adelante adquirieran las manos muertas; á los foros, enfiteusis, etc., y también á las cargas ó pensiones sobre determinados bienes de legos y á los bienes con que se fundaran capellanías eclesiásticas ó laicales perpetuas ó amovibles á voluntad. El otro Real decreto se refiere á los mayorazgos y, en general, á todos los bienes destinados á vinculaciones. En uno y otro se impuso la contribución de 15 por 100, mandándose especialmente que no despachara nunca la Real Cámara la licencia prevenida para la fundación de mayorazgos sin haberse pagado previamente el impuesto. Se exceptuaba de la disposición los capitales destinados á mayorazgos que se impusieran en la Real Hacienda ó se invirtieran en vales reales; lo cual fué ampliado en Circular de *8 de Octubre de 1802* á los capitales impuestos en los cinco Gremios mayores de Madrid y en la Compañía de Filipinas.

Sigue la Cédula de *24 de Septiembre de 1798*, que faculta ya á los poseedores de mayorazgos para enajenar los bienes de sus

dotaciones. Fué causa ocasional de esta disposición la necesidad de atender á los gastos de la guerra con los ingleses mediante un préstamo patriótico por acciones de mil reales, sin interés, reintegrables á la suerte en los diez años siguientes á los dos primeros de paz. Pero se tuvo como causa eficiente la atención «á los dos importantes objetos de conservar íntegras las vinculaciones y con ellas el lustre de las familias á que pertenecieran y de restituirse las haciendas al cultivo de propietarios activos y laboriosos, con transcendental influjo en los progresos de la opulencia y felicidad de la Nación». El permiso concedido lo fué con derogación expresa de toda cláusula en que se hubiera impuesto prohibición de enajenar; pero á condición de que el producto de las ventas se aplicara al empréstito patriótico, y de que el día en que este capital se reintegrase, se habría de imponer en la Caja de amortización de la Real Hacienda al interés de 3 por 100 anual.

Por Real decreto de *11 de Enero de 1799* se concedió á los poseedores de vínculos, que procedieran á su enajenación, el doce y medio por ciento del total importe de la misma; pero no en daño de los sucesores, sino por desprendimiento de la Real Hacienda, en beneficio de los enajenantes, cuyo estímulo no se despertaba ciertamente con la disposición referida de 1798. Más adelante, en 1802, se autorizó á los poseedores de vínculos para enajenar los bienes que tuvieran en pueblos distantes de sus domicilios, subrogando su importe en otras obras pías y asegurando en éstas la carga de las vinculaciones. Por fin, en Real decreto de *11 de Mayo de 1805*, se autorizó también á dichos poseedores para adquirir como de su libre propiedad las fincas vinculadas, con la aplicación del precio á los mismos objetos que en la enajenación á extraños.

En este punto cesan las disposiciones legales sobre los bienes vinculados hasta la ley de *11 de Octubre de 1820*, siendo únicamente de citar, aparte de las ya indicadas, y como precedente de la desvinculación general, la Real cédula de *20 de Febrero de 1796* en que se declaró que las capellanías y cualquiera otra fundación perpetua estaban sujetas á la petición y concesión licencia Real para ser creadas; y la de *19 de Septiembre de 17* en que se facultó para la enajenación de toda clase de bienes Hospitales, Hospicios, Casas de Misericordia, Cofradías, Mer

rias, Obras Pías y Patronatos de Legos, con aplicación del importe á la Caja de amortizaciones de la Real Hacienda, al mismo tiempo que se invitaba á los Arzobispos, Obispos y demás Prelados á promover espontáneamente, «por un efecto de su celo por el bien del Estado», la enajenación de los bienes correspondientes á capellanías colativas ú otras fundaciones eclesiásticas.

Sería verdaderamente enojoso que entráramos ahora en la enumeración y referencia de todas las leyes y disposiciones importantes que se han dictado en el presente siglo contra la vinculación de los bienes.

Por ser la materia muy interesante, y necesitarse su estudio todavía en muchas ocasiones de la práctica del foro, consagramos un apéndice en este volumen á la reseña de toda la legislación y jurisprudencia relativas á este asunto; pero no sería propio de este lugar que entráramos en semejante examen, por su prolijidad primero, y después porque no todas las vinculaciones, aun habiéndose producido á imitación del mayorazgo, tienen carácter definido de sustitución fideicomisaria, materia del artículo cuyos precedentes vamos examinando.

Bástenos, pues, indicar aquí, refiriéndonos al apéndice indicado, que todas aquellas medidas legislativas temerosamente intentadas en el reinado de Carlos IV contra la vinculación de bienes, vinieron de pronto á ser anuladas por una disposición radicalísima, más radical que las medidas propuestas por los antiguos escritores y sólo de acuerdo con las adoptadas ya de mucho tiempo antes en Francia, en Bélgica y en otros países.

La ley de *11 de Octubre de 1820* no se limitó, en efecto, á los bienes raíces, objeto de la preocupación de los economistas, ni á los mayorazgos, ni á las vinculaciones que se pudieran hacer en lo futuro, sino que suprimió desde luégo todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones sobre bienes raíces, ó muebles, ó semovientes, ó censos, ó juros, ó foros, ó de cualquiera otra naturaleza, y prohibiendo para en adelante que, por vía de mejora ó con cualquier otro título ó pretexto, se fundara mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna, ó se prohibiera directa ó indirectamente la enajenación de cualquiera clase de bienes y derechos.

Hubo que cortar, para esto, por lo sano; hubo que descono-

cer en parte el derecho de los futuros poseedores y que atentar contra los sagrados principios que imponen el respeto á la voluntad del testador. Pero se cortó, se desconoció y se atentó, y la generación nueva, al cabo de los ochenta años de aquella violentísima medida, asombrándose aún de que hubiese legisladores de convicciones tan firmes y de tan enérgicos impulsos, que faltan á nuestra sociedad actual en puntos mucho más sencillos, agradece el ambiente de libertad en que se desenvuelven hoy las facultades del dominio, y parece como que respira en una nueva atmósfera, á la que se ha aportado luz que no existía, y en la que se ha sustituido por aire limpio y puro el miasmático y enrarecido de los siglos pasados.

***

Criterio de nuestro Código.—El espíritu desvinculador fué general á todas las naciones, como era general la causa de que dimanaba. En todas ellas y en la misma época, las sustituciones fideicomisarias vinieron á tierra al fin y al cabo, sin consideración á las razones meramente jurídicas de respeto á la voluntad de los testadores, que podían inclinar el ánimo á su mantenimiento. En Francia, la supresión se había realizado por una ley radicalísima de 14 de Octubre de 1792. En esa misma forma, ó con ligeras atenuaciones, habían desaparecido cuarenta años después en Bélgica, Italia, Holanda, Alemania, Noruega, España, Portugal, etc. Desplomado completamente el edificio, y estériles ya los gérmenes del mal por la evolución de las ideas sociales, la protesta quedaba viva, sin embargo, en el entendimiento de los economistas y de los jurisconsultos, y el Código Napoleón, y con él todos los modernos, vinieron después á perpetuarla en disposiciones concluyentes, eternas barreras de separación de la sociedad nueva y de la vieja. «Se prohíben las sustituciones, dijo en general el Código francés. Toda disposición—añadió—por la que el donatario, el heredero instituído ó el legatario, sea encargado de conservar y de entregar á un tercero, será nula, incluso para el donatario, el heredero instituído y el legatario.» El espíritu de esta disposición ha pasado después á todos los Códigos modernos, é informa también el título 781 del nuestro.

Pero decimos el espíritu, porque la absoluta prohibición de las sustituciones fideicomisarias, en todas sus formas, pudo verse pronto que no se hallaba por completo justificada; y que si bien era necesario arrancar de raíz los motivos de desorden social que trajeron consigo los mayorazgos y casi todas las vinculaciones, había algunas de éstas que no tenían culpa de tan graves males, y sustituciones fideicomisarias, por otro lado, que sin ofrecer tampoco peligro, ú ofreciéndolo muy pequeño en relación con el estancamiento de la propiedad y con el desequilibrio de las aplicaciones de la actividad humana, podían y hasta debían aconsejarse por consideraciones dignas de respeto.

El Código francés fué el primero, al mismo tiempo que en manifestar su espíritu absolutamente contrario á las vinculaciones perpetuas, en autorizar cierto género de sustitución fideicomisaria, que por escrúpulos no muy comprensibles se incluyó en el concepto de las disposiciones llamadas *oficiosas,* y por la que se permitió al testador, nombrando herederos á sus hijos ó á sus hermanos, encargarles la entrega de los bienes á los hijos nacidos y por nacer, en el primer grado solamente, de dichos herederos.

Esta derogación de la doctrina general fué objeto de mucha discusión entre los autores del Código francés. Se quería conceder al padre el medio de atender á sus nietos y de conservarles íntegro el capital de la herencia cuando el hijo respectivo inspirara temores de disipación, y se entendía que esta facultad era consecuencia necesaria de las afecciones de la naturaleza y hasta de las condiciones del dominio. Tocábase, sin embargo, el inconveniente primero de que la disposición que iba á autorizarse era una verdadera sustitución fideicomisaria, objeto posible de renovaciones sucesivas y con ellas de vinculaciones perpetuas de los bienes; en segundo lugar, el de que, autorizada en la parte de legítima del hijo, se convertía ésta en un usufructo, contra los principios del derecho hereditario; últimamente, el de que para autorizarla respecto de todos los nietos, había que permitir la institución de los no concebidos, contraria también á los principios de la sucesión hereditaria. Al fin, la opinión favorable triunfó, y se hizo posible la llamada disposición *oficiosa*, si bien limitándola al primer grado y á la parte de libre disposición en que se hacía heredero al hijo, y obligando á

que la institución de los nietos se hiciera sin preferencia alguna de unos sobre otros. En estas mismas condiciones, y después de muy maduro examen, se autorizó también en la línea colateral, ó sea, respecto de los hijos del hermano á quien el testador nombraba heredero.

Este mismo criterio es el del Código portugués, que en sus artículos 1.866 y 1.867 prohíbe las sustituciones fideicomisarias, excepto cuando se hacen por el padre ó la madre respecto de los bienes disponibles en beneficio de los nietos, nacidos ó por nacer, y cuando se hacen en favor de los descendientes, en primer grado, de hermanos del testador.

El Código de Italia y el de Méjico sostienen un criterio más radical todavía. El primero, en su art. 899, declara prohibida toda disposición en que el heredero ó legatario esté obligado con cualquier expresión á conservar la herencia y á restituirla después á una tercera persona. El segundo, en el art. 3.631, declara también prohibidas, en general, todas las sustituciones fideicomisarias.

Coinciden, sin embargo, todos estos Códigos, y es justo y conveniente que lo advirtamos, en autorizar la disposición en que es llamado uno al usufructo y otro á la propiedad de la herencia. (Artículos 899 del Código francés, 1.870 del de Portugal, 3.633 del de Méjico y 901 del italiano.) Coinciden también el de Portugal en el art. 1.872, el de Méjico en el 3.637 y el de Italia en el 902, en autorizar la institución de cargas perpetuas sobre determinados bienes, en condiciones análogas á las de nuestro art. 788.

En frente de todos estos Códigos está el austriaco, que en su artículo 64 permite la sustitución fideicomisaria ilimitadamente, en forma apenas distinta de nuestra legislación antigua. Representando el término medio, y autorizando no sólo las sustituciones fideicomisarias irregulares de que se ocupan los citados Códigos, sino también la sustitución propia, aunque con la limitación de cierto grado, figuran varios otros, y principalmente el del cantón suizo de Tesino, que permite la sustitución fideicomisaria en el primero, y el del cantón de Berna, que la permite hasta segundo.

Nuestro proyecto de 1851 era tan radical como los Códi[gos] francés, italiano, portugués y mejicano, y seguía evidentemen[te]

las huellas del primero, autorizando solamente las disposiciones á que éste se refería. Pero los tiempos pasan, las opiniones de las personas varían, y al llegarse á la redacción del Código vigente, el criterio de sus autores era ya distinto del que informó aquel primer proyecto. De la prohibición, pues, de las sustituciones fideicomisarias á su autorización con ciertos límites, no hubo más paso que el cambio de personas, ni quizá más causa que la intervención decisiva del jurisconsulto Alonso Martínez. Es este uno de los puntos, desgraciadamente escasos, en que pertenecerán á la historia los trabajos de la Comisión que redactó el Código, por haberlos reseñado el mismo Alonso Martínez, en la obra que publicó sobre *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones foralcs*. Reduzcamos, pues, nuestra tarea á copiar las mismas palabras del autor, y no tratemos de llenar sus vacíos, ni de buscar otras razones á lo hecho que las por él francamente confesadas.

«Conformes, dice, estuvieron todos sus Vocales (habla de la Comisión) en proscribir el fideicomiso perpetuo. No era posible que ninguno consintiera en restablecer el imperio de la mano muerta, sustrayendo al comercio y la libre circulación una gran parte del territorio nacional. Respetóse, pues, unánimemente el principio de libertad del inmueble, proclamado por los sabios legisladores de 1820 y 1836.»

«Pero ¿debe proscribirse el fideicomiso temporal, siguiendo el ejemplo de los Códigos francés é italiano y del proyecto de Código civil español de 1851?»

«También hubo unanimidad en la negativa, y no ciertamente por un espíritu de condescendencia con los fueros, usos y costumbres de Cataluña, sino porque no hay razón alguna filosófica, jurídica, histórica ni económica que autorice una limitación tan exorbitante á la libertad del propietario.»

«No quiero decir con esto que no influyera en el ánimo de los Sres. Vocales el deseo de facilitar en este punto la avenencia entre castellanos y catalanes; al contrario, reconozco que esta patriótica aspiración fué una de las causas determinantes de su voto; pero afirmo que no fué la única, sino que al lado y por encima de ella había en todos el convencimiento de que la prohibición en absoluto de las sustituciones fideicomisarias obedeció, así en Francia é Italia como en la España de 1851, á una preocupación de todo punto injustificada. ¿Qué razón puede haber para

prohibir las sustituciones fideicomisarias en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador? Ninguna; y sería menester que un alto interés social la demandara imperiosamente para que fuese legítima esta limitación á la libertad humana. Del fideicomiso, encerrado dentro de ciertos límites, ni puede decirse con fundamento que lleve la librea feudal, ni tampoco que favorezca la vinculación, ni sea una institución aristocrática. En cambio, las legislaciones que en absoluto la prohiben, autorizando al propio tiempo al testador para dejar á una persona el usufructo y á otra la propiedad, caen en una flagrante contradicción»..... .....

«Lo verdaderamente importante en el fideicomiso es fijar su extensión, porque prohibirle es un acto de tiranía, una violación del derecho individual, y permitir que se establezca indefinidamente ó en favor de muchas generaciones, es volver á amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social. En este punto, ya las opiniones de los Vocales de la Comisión anduvieron divorciadas. Quien proponía, inspirándose en la legislación inglesa, que se autorizase al testador para hacer cuantos llamamientos tuviera por conveniente, con tal de que recayesen en personas vivas y, cuando más, en las que nacieran en los veinte ó treinta años posteriores á la muerte del último llamado. Quien entendía que tratándose de una institución tan española, no había para qué copiar legislaciones extrañas; éste quería extender el fideicomiso á tres generaciones distintas, mientras que aquél no concebía que se otorgaran derechos á personas aún no nacidas. La disidencia era, sin embargo, más aparente que real, y de todas suertes recaía sobre meros accidentes» ....

Últimamente, Alonso Martínez copia las bases redactadas por el Sr. Durán y Bas, y aprobadas por la Comisión, la primera de las cuales dice así: «Las sustituciones fideicomisarias se permitirán hasta el *segundo grado*, y *siempre* si se hicieran á favor de personas que *vivan* al tiempo del fallecimiento del testador.» Como se ve, esta base ha sido reproducida íntegramente, en cuanto al fondo, en el art. 781; y no es de suponer, por lo mismo que la Comisión de Códigos tomara mayor trabajo, posteriormente, que el que se indica en la anterior reseña.

Es claro que esta exposición peca de excesivamente su

cial, como toda lo que se hace en la citada obra, y que no se demuestran en ella debidamente los motivos del criterio adoptado. Así salta á la vista desde el primer momento que no se encuentre razón alguna para limitar la libertad del testador, casi en el mismo párrafo en que se alude al principio de la incapacidad de las personas no concebidas. Se pasa también por alto la teoría de las personas inciertas, y se desdeña el mismo artículo del Código dedicado á incapacitarlas para la sucesión. Se imita á la legislación inglesa en cuanto á las personas *vivas*, sin exponer un solo motivo de la imitación. Se establece el segundo grado para las *no vivas*, á imitación de Berna, sin explicar tampoco por qué se elige ese grado y no otro, el primero, por ejemplo. Se trata, en fin, de una disposición puramente caprichosa, ideada sólo en realidad como medio de conciliar el derecho común con el de las provincias forales; pero en la que, por otra parte, no encontramos peligro de males futuros, como los que se trataba de evitar, pudiendo, por lo tanto, ser aceptada sin gran escrúpulo.

* * *

Explicación del art. 781.—Tenemos ya, en todo lo que queda expuesto, elementos bastantes para comprender el alcance del artículo, y para desentrañar cada uno de sus términos, que, sin un conocimiento regular de los antecedentes del asunto, resultarían poco menos que ininteligibles. ¿Se trata de una sola clase de sustitución fideicomisaria ó de todas? ¿Qué quiere decir conservar y transmitir á un tercero? ¿Qué quiere decir pasar ó no pasar del segundo grado? Aun sin ser lego en el derecho, quien desconociera la historia de la sustitución fideicomisaria (y he aquí otro motivo de la importancia que hemos dado á la precedente exposición), no podría formar idea medianamente exacta del contenido del artículo.

Nosotros llegamos á estas alturas con el trabajo vencido de una manera indirecta, y necesitamos ya de poco esfuerzo y de poco espacio para completar la explicación.

Desde luégo, el artículo no se refiere á todas las sustitucio- fideicomisarias, sino á una sola: á aquella por que se enga al heredero que conserve y transmita á otro los bienes de erencia. Sustitución fideicomisaria es también la en que se

encomienda la transmisión de los bienes á un tercero sin acto alguno directo de conservación para sí; de ella se ocupa el número 4.° del art. 785. Sustitución fideicomisaria es, además, á su modo, la en que se dispone del usufructo en favor de uno y de la propiedad en favor de otro (art. 787). También lo es, en cierta manera, la disposición en que se prohibe la enajenación de los bienes hereditarios (núm. 2.° del art. 785). También lo son, en fin, sin salir en todo esto del mismo campo del Código, las cargas piadosas á que se refiere el art. 788. La disposición del 781 es solamente relativa á la sustitución fideicomisaria hecha directamente en favor de determinadas personas con carácter de perpetuidad; al tipo, en fin, de los mayorazgos, que vinculaban perpetuamente dentro de una familia los bienes de la herencia con un orden predeterminado de sucesión.

Pero es necesario detallar aún más los términos del precepto, y fijar con toda claridad qué sustituciones fideicomisarias declara prohibidas el Código en él, porque su falta de precisión induciría, en otro caso, á confusiones de transcendencia, que en materia tan delicada y tan grave deben huirse por completo. Aclaremos, en consecuencia, qué se entiende por encargar al heredero, qué por conservar los bienes, qué por transmitirlos y qué por todo ó parte de la herencia.

Se encarga al heredero.—Ejemplo: «Encargo á mi heredero Pedro que transmita á su muerte la herencia á su primer hijo.» Pero esta palabra «*encargo*» ¿es suficientemente decisiva para producir la prohibición de la ley? ¿Es verdaderamente encargo lo que la ley quiere decir?

Sabemos que en tanto es perjudicial la sustitución fideicomisaria, y en tanto se trata de impedirla en cuanto ocasiona la prohibición de enajenar, y perpetúa, por lo mismo, la marcha fijada por el testador. El heredero queda privado siempre de la facultad de disponer, entre vivos y por testamento, por una orden del testador, y esta orden tiene derecho á impedirla la ley.

Pero el encargo sólo puede considerarse como orden en una acepción muy amplia; en su sentido genuino no pasa de ser recomendación, un ruego. ¿En cuál de los dos sentidos usa la palabra?

Si quiere considerar prohibido todo encargo, prohibe, p

mismo y de igual manera, cualquier forma de manifestar el testador su voluntad de que los bienes pasen á cierta persona. No sólo cuando dice «encargo», sino también «deseo», «ruego», «quiero», «recomiendo», «suplico», etc., fórmulas todas en que no va contenido ningún mandato contra el heredero, deberá considerarse que hay una sustitución fideicomisaria del género de las que la ley anula.

Duranton opinaba, interpretando el Código Napoleón, en el que se usa una expresión análoga, *charge*, que no se necesita la orden expresa del heredero, ni la prohibición expresa de enajenar, ni la determinación, también expresa, de la persona á quien necesariamente hayan de pasar los bienes, sino que, de cualquiera modo en que se manifiesta la voluntad, constituye la sustitución fideicomisaria prohibida; porque, en primer lugar, la carga, la obligación, resulta, si no expresa, tácitamente, en cualquiera fórmula de recomendación al heredero, y porque, en segundo término, de autorizar estas fórmulas, ó se llega á la consecuencia de permitir la sustitución, supuesto que el heredero se produzca de conformidad con lo recomendado, ó á la de facultar al heredero para que obre en contra de lo que el testador deseaba y exponía como su voluntad. Los demás comentaristas franceses, por unanimidad, han desechado esta opinión, teniendo en cuenta que la carga no existe realmente sino cuando se le impone al heredero con términos imperativos, puesto que en otro caso se le deja en libertad de obrar como le parezca.

Aparte de esta consideración, está la de que la duda práctica, respecto del caso á que nos referimos, sólo se puede presentar cuando ya ha fallecido el heredero á quien se hizo la recomendación. Si entonces resulta que este heredero no dispuso de los bienes, quien quiera que pretenda entrar á la sucesión, por haberle favorecido la designación del testador, tropezará con el obstáculo de haber de afirmar al mismo tiempo su cualidad de sustituto fideicomisario, lo cual (hablamos de Francia) se encuentra prohibido por la ley. Pero, por el contrario, si el referido heredero dispuso de los bienes de conformidad con las indicaciones del testador, la persona nombrada como segundo heredero funda su derecho, no en la designación primitiva, sino en la del nuevo testamento, y no pretende, por lo tanto, entrar en la sucesión como sustituto, sino como primer heredero. Y,

¿quién puede dudar de la licitud de la disposición entonces, ni por qué razón puede prohibírsela?

Cabe el temor de que, aprovechándose de este medio indirecto, se perpetúe la sucesión de los bienes en cierta serie de personas, como en las antiguas vinculaciones; pero, aparte de que esto es muy difícil, porque la tendencia de los herederos, en obediencia á muchas causas, sería á disponer libremente de los bienes, antes que á considerar limitada su propiedad, no es lícito que los legisladores traten de impedir una disposición testamentaria por el solo hecho de obedecer el testador á la indicación ó al ruego de la persona que le otorgó á su vez la herencia. Esta disposición no puede ser prohibida, y, en su virtud, debemos creer que el encargo de que habla el Código es aquel que impone al heredero una obligación directa de transmitir los bienes en forma determinada, y no el que le permite disponer de otra manera.

Que conserve.—¿Por cuánto tiempo? ¿Con qué carácter?

Era corriente en las sustituciones fideicomisarias antiguas que la conservación de los bienes por cada uno de los herederos fuese de por vida, y que la transmisión al nuevo poseedor sólo se hiciera á su fallecimiento. Heridos, sin duda, por el reflejo de este carácter de las antiguas sustituciones, los autores franceses é italianos entienden también, con absoluta unanimidad, que la conservación de que habla su Código, como el nuestro, ha de ser vitalicia; que cuando se ha señalado un término al heredero, no hay sustitución fideicomisaria prohibida, y que lo mismo debe suceder cuando, sin fijación de término, se expresa el testador en forma condicional, que implique un resultado semejante. El único argumento de que se parte para esta conclusión es puramente privativo del Código francés, y consiste en una sutileza desmedida. La disposición *oficiosa* que, como hemos visto, se permite al padre en favor de sus nietos, para cuando muera el hijo, entienden los autores que es una excepción, y que para serlo verdaderamente tal, al referirse á la muerte del mismo, supone en las demás sustituciones fideicomisarias la muerte del heredero, porque la regla y la excepción han de tener iguales caracteres intrínsecos.

Prescindiendo de refutar este motivo, puesto que no escribimos comentarios del Código francés, al que sólo acudimos p

que sirve de precedente y de explicación al nuestro, creemos además infundada la opinión de aquellos autores por la consideración evidentísima de que, aun siendo corriente la posesión vitalicia de los bienes por cada poseedor de la sustitución fideicomisaria, las condiciones esenciales de la misma, esto es, la prohibición de enajenar y el orden de suceder, no se alteran ni se modifican, ni se hacen más ni menos rigorosas y perjudiciales, por la posesión á término fijo.

Atendiendo á esta razón y, por otra parte, al principio de que no distinguiendo la ley, no debemos nosotros distinguir, cabe, á nuestro juicio, considerar prohibidas las sustituciones fideicomisarias en que los herederos sean nombrados con carácter temporal. En otro caso, bastaría que el testador se expresara en esta forma: «nombro mi heredero á Antonio por término de veinte años, al cabo de los cuales quiero que transmita la herencia á su hijo para que la posea por otros veinte, etc., etc.», y la sustitución fideicomisaria podría perpetuarse, con todos los inconvenientes, exactamente los mismos inconvenientes, que se aspira á desterrar en absoluto.

¿Con qué carácter? Aunque estuviéramos en el caso del Código francés, al que falta un artículo como el 787 nuestro, en que se prohibe el llamamiento sucesivo de varias personas al usufructo de unos bienes, no creeríamos, como los tratadistas de aquel país, que la conservación de la herencia, á los efectos de la sustitución fideicomisaria, y para poder ser ésta considerada como tal, había de ser en propiedad. De semejante teoría se desprende la consecuencia de que llamando el testador al usufructo y no á la propiedad, no hay sustitución fideicomisaria, ni, por lo tanto, prohibición de ley. De manera que si un testador nombra su heredero al Estado, por ejemplo, y señala para el usufructo una serie perpetua de personas, se considera en Francia que esta disposición no está prohibida, ni es sustitución fideicomisaria.

La dificultad está resuelta entre nosotros por el citado artículo 787; pero, sin necesidad de él, entenderíamos lo propio, sólo para evitar el absurdo de la interpretación francesa, en consideración á que la cualidad de heredero lo mismo determina la propiedad que el usufructo, y de igual modo á que otro entran en el concepto de herencia del art. 781.

Con atenerse á las palabras del artículo, heredero y herencia, se puede resolver toda duda sobre el concepto de la conservación de los bienes. Aquel caso en que, sin nombrarse heredero, ni en la propiedad ni en el usufructo, á una persona, se le encomienda la transmisión de determinados bienes, no es una verdadera sustitución fideicomisaria. Impropiamente lo es, y en tal sentido se ocupa el núm. 4.° del art. 785, de la disposición en que se obliga á una persona á dar determinada aplicación secreta á los bienes; pero, en rigor jurídico, no hay heredero donde no hay derecho sobre los bienes de que se trata, ni hay sustitución donde no hay institución. Si, pues, el testador designa á una persona para que entregue á otra los bienes, administrándolos entre tanto, pero sin usufructuarlos en forma alguna, no hay una sustitución fideicomisaria de las que se prohiben en el artículo 781. Esa disposición sería válida siempre, cualquiera que fuere el número de grados; y la persona designada por el testador para recibir los bienes vendría á ser entonces, no un sustituto, sino un primer heredero.

Transmita á un tercero.—Esta palabra «*transmitir*» es un tanto equívoca, sobre todo observando que en el núm. 1.° del artículo 785 se la sustituye con la de «*entregar*», en forma que parece como que la sustitución fideicomisaria se caracteriza por un acto de entrega material de los bienes, de un heredero á otro, cuando precisamente lo ordinario es que falte hasta la posibilidad de esa entrega, por haber fallecido ya el primer heredero al entrar el segundo en la sucesión.

La transmisión de que aquí se habla es, no la material, sino la jurídica; esto es, el derecho del segundo sucesor á recibir los bienes, con exclusión de otra persona. Cuando el Código dice «*transmita á un tercero*», se sobreentiende, por lo tanto, no el acto de la transmisión, que puede no existir, sino el respeto al derecho establecido en favor de esa tercera persona. Hay transmisión, puesto que los bienes pasan de unas á otras manos, pero no activa, sino pasiva; no derivada de gestión alguna del transmitente, sino de propio derecho establecido por el testador favor del transmisario.

Nótese, ahora cuanto se facilita y aclara el sentido del culo, por su relación con antecedentes excesivamente co dos; en otro caso, la expresión «*que conserve y transmita á*

tercero» no nos daría idea del propósito del legislador. Esta frase se ha tomado de los diversos Códigos que prohíben la sustitución fideicomisaria por completo, y á los que basta la indicación del tipo más limitado de sustitución, el de dos solos herederos, para lograr la inteligencia de lo que se manda. Pero trasladada á nuestro Código, donde se permite la sustitución hasta el segundo grado, resulta de todo punto impropia.

En efecto, si la disposición del testador se limita exclusivamente al heredero y á una tercera persona, ¿cómo se puede hablar después de segundos grados, ni de personas vivas (en plural) al fallecimiento del testador? El legislador quiso referirse, indudablemente, á la disposición en que se nombra varios herederos sucesivos, con encargo á cada uno de que conserve en su poder y transmita al siguiente en orden el todo ó parte de la herencia; pero es indudable también que dijo cosa muy distinta. Afortunadamente, no es de suponer que dé lugar á confusiones esta redacción.

Todo ó parte de la herencia.—En el proyecto de 1851, artículo 636, se consideraba sustitución fideicomisaria, y se prohibía aquella disposición por la que se llama á un tercero al todo ó parte de lo que resta de la herencia. Es lo que se llamaba en Roma fideicomiso *de residuo, ó de eo quod supererit.* ¿Se habrá querido también prohibir por el Código esta disposición?

Naturalmente, de esto no puede hablarse sino por lo que hace al tercer grado y siguientes de sustitución; en los anteriores ya se sabe que no sólo por el resto, sino por el todo de la herencia, el Código declara válida la disposición. El caso puede ser el siguiente: un testador nombra heredero, le designa dos sustitutos fideicomisarios sucesivos, y dispone además que una vez fallecido el último de ellos, el resto de la herencia pase á determinada persona.

Ejemplo: *Instituyo por mi heredero á* B; *á éste le sustituyo fideicomisariamente con* C; *nombro á* D *sustituto, también fideicomisario de* C, *y de los bienes de esta mi herencia que quedaal fallecimiento de* D, *instituyo heredero á* X.

Con limitación á la posibilidad legal fideicomisaria que los ligos de Italia y Francia sancionan, los comentaristas de has legislaciones entienden que la disposición en que se insıye á un tercero en el resto de una herencia á la muerte de

un heredero anterior, es válida, y fúndanse, al efecto, en que no se prohíbe á dicho heredero anterior la enajenación de los bienes, ni se le constituye en la obligación de transmitirlos á *X*, sino que se le hace un ruego que puede ó no atender, estándose en el mismo caso que con los encargos á que antes hemos extendido nuestras observaciones.

Refiriéndonos al ejemplo antes expuesto, y con relación directa á nuestro Código, tenemos que disentir del criterio de los comentaristas extranjeros, criterio que se nos presenta envuelto en una vaga penumbra, temeroso, vacilante, sin marcarse bien las líneas y los contornos.

Si en el llamamiento sucesivo de varios herederos damos por cierto, como lo es efectivamente, que el último llamado es el verdadero fideicomisario, puesto que los intermedios son fiduciarios, tendremos que admitir que ese último heredero podrá disponer de los bienes que reciba en concepto de herencia *inter vivos* ó *mortis causa* á su arbitrio y sin limitación de ningún género. Si suponemos que se le puede poner restricción en beneficio del tercero *X*, tropezaremos con una sustitución fideicomisaria más ó menos propia ó acomodada á la matriz legal, pero que, por traspasar el segundo llamamiento, contradirá el artículo 781. Y si, separándonos de este punto de mira, borramos de nuestro pensamiento la idea de un fideicomiso *de residuo*, latente, sin duda alguna, en este caso, vendremos á parar á una prohibición de enajenar también sin eficacia positiva perceptible. Aparte de que conceptuar válida la institución en beneficio de un tercero del resto de la herencia dejada á varios herederos sucesivos equivaldría á desconocer el orden de la sucesión legítima del último y verdadero fideicomisario, toda vez que siendo éste señor y árbitro de los bienes heredados, si falleciera bajo testamento quedaría ineficaz la institución del tercero, y si muriese *ab-intestato*, ó en parte testado y en parte intestado, es indiscutible que en lo relativo á los bienes quedados *ex testamento* se impondría el orden de la sucesión forzosa.

De no estimarlo de este modo, se admitiría la posibilidad de establecer una vinculación perpetua, sólo con que los herederos nombrados sucesivamente para el resto de la herencia se abstuvieran de disponer de la misma, dejándola seguir el curso ordenado por el testador.

Se equipara este caso, pero sin razón, al del ruego de transmitir los bienes sin orden expresa de hacerlo, á que antes aludimos. Allí, para la eficacia del deseo del testador, se necesita la confirmación de su voluntad por la del heredero; aquí, el silencio de este heredero, su actitud pasiva, es suficientemente poderoso para la eficacia de la designación; y mientras en el primer caso el heredero nombrado en lugar accesorio, consideramos que recibe la herencia directamente de su antecesor, en el segundo habríamos de estimar necesariamente que la recibía por el nombramiento del causante común, y permitir, por lo tanto, contra lo que se trata de conseguir en este artículo, una sustitución fideicomisaria, indirecta, llevada al tercero, cuarto ó más lejano grado.

Por lo demás, con estas palabras «*el todo ó parte de la herencia*», se quiere expresar que la sustitución puede ser más limitada que la institución, es decir, referente sólo á una parte de los bienes en que se instituye; y, en otro sentido, se da á entender también que, no sólo al heredero instituído en el total de la herencia, sino al que lo es en una parte de ella, se le puede nombrar sustitutos fideicomisarios. De los sustitutos del legatario se ocupa especialmente el art. 789, al que nos remitimos.

Que no pasen del segundo grado. — Ya al comentar el art. 640, dando por cierto que la palabra grado en la sustitución fideicomisaria equivale á llamamiento, tratamos de evitar la aspereza de engranaje entre una institución contractual como la donación *inter-vivos* y el artículo que ahora comentamos, dictado expresamente para oponer un valladar á la libertad de sustituir fideicomisariamente.

Como quiera que en la donación *inter-vivos* el llamamiento tenía por precisión que limitarse á personas que vivieran al tiempo de perfeccionarse el contrato, porque de otra suerte se incidiría en una donación *mortis causa*, comprendimos que las dos soluciones propuestas en el art. 781 se reducían á una sola, á la segunda, y con la mira de perfeccionar el estudio dirigimos los rumbos de nuestra investigación hacia el orden parental, teniendo la misma consecuencia; es decir, que por lo que resta á la donación *inter vivos* de la nuda propiedad y del usufructo separadamente, el llamamiento simultáneo ó sucesivo, á parientes ó á extraños, tenía que limitarse á favor de personas que vivieran al tiempo de otorgarse la *donatio*.

Hemos llegado al propio campo jurisdiccional del art. 781, donde éste va alcanzando su más amplio desenvolvimiento, y reproduciendo el problema, entonces, más que bosquejado, supuesto, conviene preguntar: ¿Qué se entiende aquí por grado? El art. 915 define el grado diciendo que lo constituye cada una de las generaciones anteriores ó posteriores á la de una determinada persona. El hijo dista un grado de su padre, el nieto dista dos grados del abuelo. Se advierte también que la obra citada de Alonso Martínez sobre *El Código civil*, habla de la autorización de sustituciones fideicomisarias con mayor ó menor límite en el número de *generaciones*. ¿Será, pues, que el grado de que habla el art. 781 equivale á generación, y que, por lo tanto, se permite la sustitución fideicomisaria por dos generaciones?

Entendemos que no. Primeramente, la palabra grado, en el tecnicismo jurídico, cuando se trata de herederos nombrados sucesivamente, equivale á llamamiento; cada llamamiento de heredero, cada lugar de la serie es un grado en este sentido. En segundo lugar, la forma de expresión del artículo induce á creer que el legislador lo entendía también de esta forma. «*Que no pasen del segundo grado ó que se hagan en favor de personas que vivan...*» El único modo de entender la frase es sustituir grado por llamamiento, y expresarse así: «*Que no pasen del segundo llamamiento, ó que, en caso de llamarse á más personas, vivan todas al fallecimiento del testador.*» Resultaría inútil la parte última de la oración gramatical, ó produciría resultados poco serios, si se sustituyera grado por generación.

¿Desde quién se cuenta el grado ó llamamiento? Dos criterios hay para contestar á esta pregunta: que se cuente desde el testador, ó desde el primer heredero nombrado. Segundo grado es el del primer sustituto con relación al testador; en cambio, es primer grado respecto del heredero. El Código no dice nada concretamente, pero como desde el principio del artículo habla de la sustitución fideicomisaria, y por su construcción gramatical resulta claro que se refiere al segundo grado de sustitución; y como el primer llamado á la herencia no es sustituto, sino simplemente heredero, los dos grados deben contarse á partir de é interpretar el artículo en el sentido de que se puede nombr tres herederos sucesivos, sustituyendo fideicomisariamente segundo al primero y el tercero al segundo.

Personas que vivan. —¿Qué es vivir, jurídicamente? Lo mismo cabe sostener en este caso que la vida á que se refiere el Código es la del que ya ha nacido y vivido con separación del claustro materno (art. 30 del Código), que la del que todavía se halla en el vientre de su madre. En nuestras indicaciones sobre el contenido de los artículos 29 y 30 hallaríamos razones poderosas para el sostenimiento de ambos criterios. Sin embargo, como la capacidad de suceder no requiere otra cosa que la concepción (artículo 745); como vida es la del concebido, y no nacido, aunque incompleta, y aunque consistente, para los efectos jurídicos, en una expectativa, y como, de todos modos, de lo que en el presente artículo se trata es de impedir la perpetuidad de las sustituciones, contra la que nada arguye el hallarse simplemente concebida la persona objeto del llamamiento, nos inclinamos á aceptar este criterio amplio, y á creer que la vida de que habla el art. 781 es exactamente la misma que para la capacidad de suceder, en general, hemos considerado necesaria en el comentario del 745.

ART. 782. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

Concordancias.—Igual al art. 783 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 783. Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado á entregar la heren- al fideicomisario, sin otras deducciones que las que respondan por gastos legítimos, créditos y mejo-, salvo el caso en que el testador haya dispuesto ra cosa.

Concordancias.—Igual al art. 784 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 784. El fideicomisario adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará á sus herederos.

Concordancias.—Igual al art. 785 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 782, 783 Y 784.—Tratan estos artículos de cuatro puntos relativos á la sustitución fideicomisaria, autorizada por el 781. Los bienes en que puede recaer, la forma en que debe ser hecho el llamamiento del sustituto, la en que se han de entregar los bienes por el fiduciario al fideicomisario, y el tiempo en que se adquiere por éste el derecho á la sucesión.

La tercera y la cuarta de las disposiciones que contiene el Código acerca de estos puntos, respectivamente, pueden constituir un argumento para sostener que el segundo grado, de que habla el art. 781, es segundo grado de herencia, y no de sustitución; es decir, que se permite sólo un sustituto fideicomisario.

Dícese en el art. 783: «El fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario...» Del mismo modo, en el 784 se dice: «El fideicomisario adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario.» Entendida rigorosamente la palabra fiduciario, como la definía la Instituta: *qui rogetur, ut restituat*, esto es, aquel á quien se ruega que restituya, podría creerse que el Código no admite la posibilidad de un segundo fideicomisario. Sin embargo, fiduciarios han de considerarse todos los herederos, puesto que lo respecto del que les sigue en orden, aun siendo fideicomisa con relación al que les antecede, y, por consecuencia, no

tomarse argumento en estos artículos para la destrucción del criterio que en el anterior hemos afirmado.

Examinemos ahora las disposiciones ante que nos hallamos.

*
* *

Bienes en que se puede imponer la sustitución fideicomisaria.—No hablamos de ellos, ni habla el Código, afirmativa, sino negativamente. En general, se puede gravar con sustitución fideicomisaria todos los bienes de la herencia, exceptuando, sin embargo, los que constituyen la legítima y los de la mejora, salvo que el sustituto fideicomisario á quien se designe sea descendiente del mejorado. Así lo ordena el Código terminantemente en el art. 782, aunque en realidad ninguna falta hacía, puesto que ya se halla determinado con carácter general en cuanto á legítimas, en el art. 813, «que no se podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, *ni sustitución de ninguna especie*», y en cuanto á mejoras, en el 824, que no podrán imponérseles «otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios ó sus descendientes».

En nuestra antigua legislación de Partidas, la legítima de los hijos no podía ser gravada con ninguna clase de sustitución. Lo da á entender claramente la *ley 17, tít. I, Partida 6.ª*, que determina que dicha legítima «*deuenla auer libre, e quita, sin embargo, ni agravamiento, e sin ninguna condicion.*» No sucedía lo mismo en cuanto á los ascendientes, cuya herencia podía ser gravada con sustituciones, en opinión de los intérpretes, hasta que se publicó la *ley 6.ª de Toro*.

Resuelto ya este punto con toda claridad por el Código, queda en pie, sin embargo, una antigua dificultad que ha dividido y todavía divide, las opiniones de los jurisconsultos: ¿Puede gravarse con la sustitución fideicomisaria al heredero legítimo según el orden de la sucesión *ab-intestato*?

Autores de gran celebridad, Duranton y Zachariæ nada menos, se inclinan á la negativa. No hay sustitución, dicen, donde hay institución. No puede ser tampoco que se establezca por testador una sustitución sin crear los dos sujetos de la misma, y el heredero *ab-intestato* no es creado por el testador, sino por la ley.

Hay, sin embargo, que reconocer que la mayoría de los jurisconsultos se inclinan á la solución contraria, argumentando que en el caso á que la pregunta se contrae existe, aunque encubierta, una verdadera institución en favor del heredero á quien corresponda la herencia por ministerio de la ley, puesto que el testador, al dar por bien recibido su patrimonio por su sucesor legítimo y al nombrarle un sustituto, le conceptúa ya heredero.

Compulsando los argumentos aducidos por los mantenedores de la licitud jurídica de la sustitución en la forma expresada, y por los que defienden la invalidez, viénese en conocimiento de que la cuestión redúcese, como otras tantas del Derecho, á un mero juego imaginativo, secundado por la inseguridad del tecnicismo, y que en sustancia el problema se suma con los que brotan, como de peña viva, de la alambicada teoría de las personas inciertas. ¿Puede reputarse persona incierta el heredero legítimo instituído testamentariamente, pero sin expresa designación; v. gr., en la siguiente forma: «*Instituyo al que según el llamamiento de la ley, deba ser mi heredero legítimo, y éste restituya la herencia á X?* Si se admite en esta hipótesis la certidumbre de la persona, como quiera que hay institución, es procedente y válida la sustitución. Si, por el contrario, se reputa la institución á que el ejemplo se refiere, como de persona incierta y, por lo tanto, nula, no es posible admitir la sustitución fideicomisaria, porque ésta en la escala numeral de las instituciones hereditarias representa el número dos, al cual no se puede llegar sin haber pasado antes por el número uno.

Además, ni aun llevando la sutileza hasta el grado de distinguir entre la cuota legítima y la porción libre por lo que respecta á la sustitución fideicomisaria impuesta á los herederos forzosos, podría admitirse la posibilidad de una sustitución de dicha clase en la sucesión *ab-intestato*, propiamente dicha, ó sea en la que requiere declaración judicial de herederos, porque en dicha sucesión no es posible disgregar las cuotas legitimarias de la porción libre que dimana siempre de la voluntad, y es por ende eminentemente testamentaria, sino que la totalidad [illegible] patrimonio forma un como á modo de *block* económico qu transmite íntegro por ministerio de la ley del causante al deba sucederle, habida consideración á su mayor proxim de grado en el parentesco y según el orden de preferencia lit

En cuanto á las mejoras, fué la famosa *ley 26 de Toro* la primera que autorizó la sustitución sobre ellas. Ya indicamos en el comentario del art. 781 lo que se disponía en dicha ley y las consecuencias que produjo, en orden á la multiplicación de los mayorazgos. El art. 14 de la de *20 de Octubre de 1820* prohibió expresamente que se fundaran mayorazgos ni otra clase de vinculaciones por vía de mejora, lo mismo que de cualquiera otra manera. Al restablecer el Código la sustitución fideicomisaria y autorizarla en la parte de mejora, vuelve, por lo tanto, al punto de partida, aunque dentro de la limitación impuesta por el art. 781.

Pero en la *ley de Toro* se establecía un orden forzoso para el nombramiento de sustitutos en esta porción. Había de preferirse sobre los extraños á los parientes; entre éstos á los ascendientes del mejorado; sobre los ascendientes á los descendientes, y entre los descendientes, á los legítimos sobre los ilegítimos. El Código, con muy buen acuerdo, limita la sustitución á los descendientes, evitando que la facultad de mejorar sirva para hacer salir de la familia una parte de los bienes dedicados por la ley á constituir el patrimonio de los hijos. En la forma actual, la sustitución no es más que una ampliación de la misma mejora, por la que se deja sucesivamente á dos ó más personas de las que se hallaban en condiciones de ser mejoradas.

La cuestión está en si el mejorante podrá preferir á los descendientes de grado más lejano, por ejemplo: al biznieto sobre el nieto; en si podrá elegir uno de cada grado ó habrá de favorecer á todos los que existan; por último, en si podrá nombrar al hijo natural, ya sea en el caso de no existir otro descendiente, ya en el de existir legítimos, del mismo grado ó de otros. La generalidad con que se expresa el Código parece permitir el juicio afirmativo acerca de todas estas cuestiones. Sin embargo, por lo que hace á los descendientes naturales, no habría verdadera lógica ni correspondencia con el sistema general del Código, autorizando su nombramiento como sustitutos fideicomisarios en la parte de mejora. Primeramente, porque el nieto iznieto natural no forma parte de la familia, en el organismo ental de nuestro Código, sino con relación al padre ó á la dre que le han reconocido, y, por lo tanto, es jurídicamente extraño para el abuelo ó bisabuelo de cuya disposición tes-

tamentaria se trate. En segundo lugar, porque esta sustitución es, como hemos visto, un modo de la mejora, una forma de mejorar á un mismo tiempo, por orden sucesivo, á dos ó más descendientes; y si los descendientes naturales no pueden nunca ser objeto de mejora (art. 808), tampoco deben poder serlo de esta sustitución fideicomisaria.

Más difíciles son las otras dos cuestiones, pero creemos resolverlas ambas acertadamente en el sentido de que el testador no es libre para variar el orden de la sucesión legítima. Se le permite detraer un tercio de su herencia con destino á mejorar, en daño de la legítima de los otros hijos, pero partiendo de la base de que la parte de mejora la recibirán en herencia los descendientes del mejorado en el curso ordinario de los sucesos. Para evitar que ocurra otra cosa, ordena este artículo que sólo puedan nombrarse sustitutos, en esa parte, á los descendientes. Se faltaría, pues, al propósito de la ley si el testador pudiera elegir con libertad entre esos descendientes, porque, establecido en beneficio de ellos el precepto, con exclusión de toda otra persona, preferido un descendiente sobre otro, resultaría para éste el mismo daño que se pretende evitar con la limitación.

Es bien advertir, aunque el legislador no lo tuviera en cuenta al redactar su precepto, que el art. 782 facilita el medio de prevenir el padre testador la prodigalidad de uno de sus hijos, evitando en gran parte la mala situación futura de inocentes nietos, sin introducir desigualdades en la participación hereditaria y sin acudir á medios ilícitos de que no nos toca hablar á nosotros. Por ejemplo, un padre, *A*, tiene dos hijos, *B* y *C*, y un nieto del último de éstos, *D*; temiendo la prodigalidad de *C*, quiere, sin desigualar á sus hijos, atender á la situación de *D*. Pues basta para esto con que mejore á *C* y le imponga una sustitución fideicomisaria en favor de *D*. *C* podrá recibir una sexta parte de su legítima corta y dos sextas de mejora, que son la mitad de la herencia. *B* recibirá una sexta parte de legítima y dos sextas de libre disposición. Quedan, pues, igualados, y el nieto, *D*, adquiere el derecho á una tercera parte de la herencia, y, por lo tanto, á dos terceras partes del haber d sin perjuicio ninguno en los intereses de éste, salvo el prohibición de enajenar.

* * *

Llamamiento de los sustitutos.—Dispone el Código que sean expresos estos llamamientos. Pero ¿qué género de expresión es la que se requiere?

Desde luego, no ha de ser la indicación del nombre, apellido ó circunstancias del sustituto, puesto que puede éste no existir cuando se ordena la sustitución. Además, no hay razón ninguna para que en este punto se varíe la doctrina general de que, en cualquiera forma que el testador designe á su heredero, valga el nombramiento, con tal de poderse determinar á ciencia cierta la persona.

Difícil es realmente de entender esta disposición, que, por las indicaciones que acabamos de hacer, parece no significar nada útil, y que, sin embargo, ha de interpretarse en algún sentido que envuelva consecuencias prácticas, por no poderse nunca presumir la falta de intención en el legislador.

¿Será que se trata de impedir la facultad de elección de algunas antiguas sustituciones, los mayorazgos electivos por ejemplo, imponiendo la necesidad de que el testador designe concretamente al sustituto? Es justo que se aspire á esto, pero holgaba sin duda disponerlo en este sitio, después del precepto terminante del art. 670.

¿Será que quieren evitarse las antiguas sustituciones de orden regular, en que el testador cumplía con manifestar su deseo de fundar un mayorazgo, sin necesidad de señalar el orden? El motivo sería pueril, por la imposibilidad de los mayorazgos, y por la de aplicar, la ley de sucesión á la Corona.

Lo único, en fin, que puede significar esta disposición es que el heredero fideicomisario habrá de aparecer, directa ó indirectamente, designado en el testamento, y que no valdrá la disposición en que se mande restituir la herencia á personas conocidas secretamente por el heredero fiduciario. Pero, aun en este sentido el precepto es inútil, porque ya se encuentra contenido, indudablemente, en el del número 4.° del art. 785, referente á las instrucciones confidenciales del testador al heredero.

***

Entrega de los bienes al heredero fideicomisario.—Esta rte del art. 783 es del mismo orden que los artículos 1.055 y steriores del Código napoleónico, relativos á la disposición

oficiosa en favor de los descendientes de un hijo ó hermano, única sustitución fideicomisaria permitida en Francia, como ya sabemos. Pero en el aludido Código encuéntranse disposiciones originalísimas sobre la conducta del heredero fiduciario, que faltan por completo en el nuestro, y que es de todo punto necesario averiguar si pueden ser suplidas y por cuáles.

En el mes primero, después del fallecimiento del causante, se nombra en Francia un tutor para la vigilancia de los bienes. Con intervención de este tutor, se forma inventario de todos los que constituyen la herencia. De éstos, han de venderse en pública subasta los muebles y efectos, á excepción de los que el testador mandara conservar, y de los semovientes y aperos de labranza, que se tasan para la devolución del importe. Los bienes inmuebles se conservan; el dinero de la venta de los muebles y del cobro de créditos se emplea en forma productiva. Por último, se entregan al fideicomisario, llegado el momento de la restitución, todos los bienes existentes en poder del fiduciario, y el importe de la tasación de los semovientes á que queda hecha referencia.

¿Será necesaria también en nuestro Código alguna medida de precaución, por el estilo de las del francés, que asegure los derechos del heredero fideicomisario? Ó ¿habrán de dejarse en el aire estos derechos, á riesgo de la mala administración ó de la mala fe del fiduciario?

Es para nosotros indudable que no puede concederse la herencia al fiduciario sin asegurar antes su debida conservación, para la entrega al segundo heredero. En los inmuebles bastará naturalmente con la inscripción del gravamen en el Registro de la Propiedad. Los muebles y efectos de la herencia ó habrán de venderse en pública subasta, para la consignación del precio en los establecimientos aptos para el depósito, ó habrán de ser garantidos en forma suficiente por el heredero fiduciario. Pero, ¿por iniciativa de quién y con arreglo á qué procedimiento se adoptarán estas medidas? Cuando el fideicomisario exista ya al tiempo de abrirse la sucesión, es claro que á él ha de corresponderle directamente la reclamación. Cuando todavía no haya nacido, el procedimiento que habrá de seguirse es, en nuestra opinión, el del juicio necesario de testamentaría, que establecen los artículos 1.041 y siguientes de la ley de *Enjuiciamiento*

Este juicio sólo se puede abrir, cuando los herederos sean menores ó estén incapacitados; pero no se necesita violentar las cosas, sino aplicar rectamente el espíritu de la disposición, para considerar como herederos incapacitados á los que todavía no nacidos, han adquirido ya derecho, de conformidad con el art. 784 del Código.

La herencia se ha de entregar al fideicomisario sin otras deducciones que las de gastos legítimos, créditos y mejoras. La frase «*gastos legítimos*» es excesivamente indeterminada. ¿Qué quiere decir legítimos, á los efectos de su reintegro por el heredero? ¿Son gastos legítimos los que hemos llamado necesarios, ó también los calificados de útiles y voluntarios, en el comentario del art. 454? Ocurre lo mismo con la palabra mejoras. ¿Cuál de las tres clases de mejoras que allí estudiábamos, con respecto de los poseedores, es la que debe abonar el heredero fideicomisario? En el Código de Portugal, art. 1.873, los herederos cuyas herencias están sujetas á una sustitución fideicomisaria, se consideran, para todos los efectos, como usufructuarios. De esta manera, la cuestión es fácil de resolver. Pero, callando nuestro Código sobre este punto, no habiendo hecho el legislador una declaración expresa, ¿podremos nosotros aceptar una solución tan radical como la del Código portugués?

El heredero fiduciario tiene del usufructuario todas las cualidades; pero tiene también, menos la facultad de enajenar, todas las del propietario. Si se juzga de su derecho en consideración sólo al usufructo, se imponen al heredero fideicomisario obligaciones de dueño, cuando no se le concede en equivalencia ninguna facultad. Considerándole como pleno propietario, lo cual evidentemente no ha querido el Código, no le serían de abono, ni las mejoras hechas en la finca. Equipararle al poseedor, y hacer aplicación de lo dispuesto en la sección correspondiente, es también imposible en gran parte, además de antijurídico. Por lo tanto, se trata de una situación especial, que necesita reglas también especiales.

Si partimos, al efecto, de la base de que no deben serle abonos al heredero fiduciario otra clase de gastos, sobre los bienes de la herencia, que los que constituyan una mejora de los mismos, y aumento, por lo tanto, del caudal de que el testador quiso en favor del fideicomisario, porque respecto de los gas-

tos corrientes, como propietario que es en realidad, deben serle imputados directa y privativamente, podremos formar de la expresión «*gastos legítimos*» un concepto claro y oportuno. No se trata de gastos motivados ú ocasionados por el disfrute de los bienes, sino de los hechos para la adquisición y la conservación de la herencia. Los de partición y adjudicación de los bienes, los de cobro de créditos y sostenimiento de los derechos hereditarios, los de pago de legados y deudas, son gastos que disminuyen el caudal de la sucesión, y que deben descontarse naturalmente del total de lo dejado por el testador, al entregarse los bienes al heredero fideicomisario. Gastos legítimos son, pues, los que legalmente ó con razón derecha acredite haber realizado el heredero en beneficio de la sucesión, por causa de ella y para su eficacia; con independencia de los puramente administrativos que se realicen en los bienes.

En cuanto á estos últimos gastos, repetimos que sólo en el caso de tener concepto de mejoras pueden ser exigibles al segundo heredero. Repasando las disposiciones del Código acerca del usufructo, nos encontramos, por ejemplo, con el art. 505, que impone al dueño la obligación de abonar al usufructuario las contribuciones impuestas directamente sobre el capital. ¿Cómo podría comprenderse que este gasto y cualquier otro de igual naturaleza pudiera reclamarlo (que, cuando mucho, sería sólo en parte) el primero al segundo heredero? Los dos son propietarios de los bienes; obligar al segundo al pago de los gastos ocasionados durante el imperio de la propiedad del primero, sería igual que sujetar al comprador de una cosa al pago de los hechos en ella por el vendedor.

Ahora bien: ¿qué clase de mejoras podrán deducirse? El Código no lo dice, pero atendiendo á las razones que expusimos en el comentario del art. 454, sobre la importancia de cada una de las clases de mejoras y su condición intrínseca, podemos llenar fácilmente el vacío del legislador. Desde luego, las mejoras necesarias, ó, mejor dicho, las sumas empleadas necesariamente para la conservación de la cosa han de ser de abono al heredero fiduciario. Pero no por el importe total del gasto, lo cual incitaría estar dicho heredero á las ganancias y no á las pérdi- sino por la diferencia positiva de valor de la cosa al tiempo su entrega al fideicomisario. Un criterio análogo al que en el

ticulo 502 se aplica al abono de las reparaciones extraordinarias del usufructo.

Las mejoras útiles deben también ser de abono al heredero fiduciario, pero, del mismo modo que las anteriores, no por el gasto hecho, sino por el importe de la verdadera utilidad. Este criterio, que puede también apoyarse en el citado art. 454, por analogía evidente, tiene además en su abono la consideración de ser equitativo como ninguno otro. Que el heredero fideicomisario se aprovechara de los beneficios aportados á la herencia por el fiduciario, á costa del capital de éste, sería injusto; que satisficiera la totalidad del gasto hecho, sin atender á la utilidad conseguida, no lo sería menos. En cambio, deduciéndose por mejoras útiles lo que realmente constituye la utilidad, el heredero fideicomisario no pierde ni gana, puesto que por un lado recibe lo que por otro se le quita; y el fiduciario obtiene también la recompensa proporcional á sus propósitos, percibiendo el importe de la utilidad introducida, más el beneficio de la misma durante el tiempo de su disfrute.

Y ¿qué partidas serán de cargo del heredero? Desde luego, si se le concede el derecho de detraer el importe de las mejoras aportadas á la finca, ha de imponérsele también la obligación de responder de los deterioros. El fideicomisario no debe recibir aumento en los bienes de la herencia por la administración del fiduciario, pero tampoco ha de estar obligado á pasar por disminución ninguna. A este punto tiene aplicación, particularmente, el art. 497 del Código, según el cual, el usufructuario deberá cuidar de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia; y la tienen también, en general, los 1.094 y siguientes, sobre la naturaleza y efecto de toda clase de obligaciones.

Entendemos, con arreglo á ellas, que el heredero fiduciario no responde de los deterioros ó menoscabos de los bienes, sino cuando se hayan producido por culpa ó negligencia suya. En esto se distingue del poseedor de buena fe, que sólo responde de ellos cuando la posesión es dolosa, y del de mala fe, que es responsable (art. 457) hasta de los ocasionados por fuerza mayor. [illegible] se le podría equiparar al primero, sin poner en peligro los derechos del fideicomisario, ni tampoco al segundo, sin hacerle de condición más dura de lo que permite su verdadero concepto de dueño.

Grave motivo de dificultad sería, en muchas ocasiones, la conservación de las cosas fungibles, á la que sólo en parte cabe aplicar las reglas del usufructo. Pero entendiendo nosotros que todas estas cosas han de ser enajenadas al entrar en la sucesión el heredero fiduciario, depositándose su importe en debida forma para su entrega al fideicomisario cuando llegue el caso, la dificultad no nos parece de consideración. Por lo que hace al disfrute de aquellos bienes en que la propiedad y el usufructo no tienen límites definidos, de lo que se ocupan los artículos 483, 484, 485 y 486 del Código, la variedad de casos puede ser tan grande y las condiciones de las personas y de las cosas tan distintas, que fuera punto menos que imposible quererlas sujetar á preceptos fijos. La aplicación de las reglas del usufructo será procedente en esos casos, por lo general; pero prescindiendo siempre del carácter de propietario que tiene el heredero, se pondría un límite indebido á sus atribuciones.

* * *

Nacimiento del derecho del heredero fideicomisario.—No estaban conformes los antiguos jurisconsultos en cuanto al momento en que nacía el derecho del heredero llamado en segundo lugar. La doctrina romana de la necesidad de adición por parte del heredero fiduciario, doctrina implícitamente aceptada por la legislación de Partidas, en cuanto establecía el derecho del heredero fideicomisario para imponer al fiduciario la adición, produjo algunas confusiones entre los intérpretes, muchos de los cuales siguieron creyendo necesaria la aceptación de la herencia por el primer heredero para el nacimiento del derecho de los segundos.

Pero el Código, aunque de una manera indirecta, puesto que el art. 784 se refiere sólo al caso de haber aceptado la herencia el fiduciario, y morir antes que él el fideicomisario, contiene virtualmente la declaración de que el nacimiento del derecho del último heredero se verifica en el momento de la muerte de[illegible] tador que ordenó la sustitución. Ya no cabe duda, por lo t[illegible] de que el fideicomisario es propiamente un heredero del s[illegible] tuyente, y sólo en manera impropia del sustituido; y de qu[illegible] circunstancias de dificultad ó imposibilidad en que éste r[illegible]

hallarse para la aceptación de la herencia, no afectan á los derechos establecidos por el testador en favor del primero.

Resulta, pues, que la sustitución fideicomisaria lleva envuelta una forma de la vulgar. El heredero fiduciario puede fallecer antes que el testador, puede también no querer ó no hallarse capacitado para entrar á la herencia. En todos estos casos, el fideicomisario, con tal de tener capacidad al tiempo de fallecer el testador, podrá ser heredero, como si el orden de la sustitución se hubiera realizado íntegramente.

Pero el alcance del artículo es todavía mayor. Dando por supuesto que el heredero fiduciario llegue á aceptar la herencia, ó suponiendo, en términos más generales, que capacitado el heredero fideicomisario para entrar á la sucesión el día de la muerte del testador, no llegue después á recibir la herencia ni á renunciarla, el derecho que se le había concedido pasa á sus herederos íntegramente.

Como ya sabemos, en el art. 759 se declara que cuando el heredero sometido á una condición fallece antes de que se cumpla la misma, aunque sobreviva al testador, no transmite nada á sus herederos. Para evitar que pueda aplicarse esta disposición al heredero fideicomisario, por su analogía con los condicionales, el Código establece otra disposición nueva y muy justa en el art. 784, confirmando y corroborando el criterio de que la sucesión del sustituto fideicomisario se relaciona directamente con el fallecimiento del testador, á quien hereda, y no con el del sustituído; aunque en este momento viene el día, y aunque, por lo mismo, su capacidad, aplicando los motivos que expusimos en el comentario del art. 758, deberá también exigirse en esta segunda época.

Por de contado, hay que descartar en todo esto el caso de que el heredero fideicomisario estuviese nombrado con alguna condición. El poder del art. 784 no llega á tanto entonces como á librarle del cumplimiento de la misma; debiéndose entender que, antes de cumplida, es aplicable á dicho heredero el art. 759, ólo después de ese momento el 784.

ART. 785. No surtirán efecto:

1.° Las sustituciones fideicomisarias que no se

hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituído la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero.

2.° Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781.

3.° Las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta ó pensión.

4.° Las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Concordancias.—Semejante al art. 636 del proyecto de 1851 é igual al 786 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Las sustituciones fideicomisarias, y todas las disposiciones de última voluntad, admiten tantas formas cuantos estilos, gustos, caprichos y circunstancias exteriores influyen sobre la expresión del pensamiento. Hay, además, disposiciones que, siendo en el fondo verdaderas sustituciones fideicomisarias, revisten en la forma distintas apariencias, y no se ajustan por completo al tipo de esta especie de sustitución, definida en el artículo 781 de conformidad con las doctrinas jurídicas de siempre. El presente artículo, que vamos á estudiar en cuatro partes, correspondientes á las cuatro disposiciones que contiene, legisla sobre la forma propia de las sustituciones fideicomisarias regulares y sobre la ilicitud de varias de las irregulares, admitidas en la legislación antigua por analogía.

***

1.° *Formas de la sustitución fideicomisaria.*—Rompe con la doctrina anterior al Código, y con los mismos princi

sancionados por éste acerca de las disposiciones todas del testamento, el art. 785 establece la necesidad de que las sustituciones fideicomisarias se ordenen de una manera expresa por el testador. No basta que el pensamiento del difunto aparezca con claridad, que su intención sea evidente, y que resulte, en fin, demostrado el propósito de ordenar una sustitución fideicomisaria, sino que este propósito ha de haberse manifestado de un modo expreso, bien sea consignando el nombre propio de la sustitución, bien estableciendo la obligación del heredero de entregar los bienes á una tercera persona. Por manera que nos encontramos con una derogación evidente de lo dispuesto en el artículo 675, sobre interpretación de los testamentos; derogación hecha en forma tal que llenaría de dudas y de confusiones, si hubiera de entenderse con entendimiento rigoroso.

Es seguro que cualquiera fórmula de las dos siguientes: «*Nombro mi heredero á Antonio, y designo para la sustitución fideicomisaria del mismo á Juan*», «*Nombro mi heredero á Antonio y quiero que entregue los bienes de la herencia á Pedro*», llenan las condiciones apetecidas por el legislador, puesto que obedecen servilmente á las palabras usadas en este artículo. En la primera se emplea el nombre de la sustitución fideicomisaria; en la segunda se impone terminantemente la obligación de restituir la herencia.

Pero con la frase del Código «*dándoles este nombre*», ¿querrá excluirse en absoluto toda disposición en la que no se le dé de una manera rigorosa? Ocurren mil fórmulas en que se puede presentar la dificultad: «*Nombro heredero á Antonio, y sustituto fideicomisario á Pedro.*» «*Nombro heredero á Antonio y nombro á Pedro para la sustitución de que habla el art. 781 del Código.*» «*Nombro heredero á Antonio, con carácter de fiduciario, y designo para sustituirle á Eugenio.*»

A dudas semejantes, verdaderas sutilezas de dicción, da lugar la segunda parte del artículo, por ser también muchas las formas de manifestar el testador su deseo sobre la restitución de la herencia, sin «*imponer al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes.*» Ejemplos: «*Nombro heredero á Antonio y quiero que después de su muerte pasen los bienes á Pedro.*» «*Nombro heredero á Antonio y á Mariano, para que el segundo reciba los bienes á la muerte del primero.*» Y así hasta el infinito.

Pues bien. Si hiciéramos aplicación aquí de lo dispuesto en el art. 675, considerando suficiente la inteligencia del propósito del testador, sin cuenta de la mayor ó menor precisión y rigor jurídicos de sus palabras, habríamos de admitir que la disposición del núm. 1.° del art. 785 holgaba por completo. En cambio, si supusiéramos que sólo habrían de ser válidas las dos fórmulas rigorosamente ajustadas á los términos del artículo, daríamos al legislador el desairadísimo papel de cazador de vocablos, y le crearíamos una posición perfectamente bufa. Ni una cosa ni otra pueden ser: porque, en buena interpretación, los legisladores no hablan nunca inútilmente, ni tampoco en broma.

A nuestro juicio, pues, no se ha propuesto el Código limitar las fórmulas de redacción de las cláusulas testamentarias, con el fin de disminuir los casos de sustitución; para cuyo intento le hubiera sido medio más seguro la prohibición absoluta de la misma. De lo que se trata es de desterrar las antiquísimas formas indirectas de ordenar esta sustitución; todas aquellas á que hemos aludido en el comentario del art. 781, en las que no se ordena, sino que se ruega, se pide, se suplica, se recomienda al heredero ó se le manifiesta el deseo de que restituya los bienes. Lo que en este artículo pretende el Código es, interpretar y aclarar el sentido de la palabra *encargo* usada en el 781. Cuando el testador emplea el nombre de la sustitución fideicomisaria, ha pensado seguramente el legislador, no cabe duda, del carácter de mandato hecho al heredero fiduciario; cuando así no sucede, es menester que terminantemente se le imponga la obligación de entregar los bienes al segundo heredero. No es, pues, que haya de usarse la denominación *sustitución fideicomisaria*, ni que haya de imponerse la obligación de restituir con los mismos términos de este artículo (lo cual estaría además en contradicción con la forma *encargar al heredero* que se usa en el 781). Es, en una palabra, que allí donde se exige que la sustitución sea expresa quiso decirse en realidad que fuera *imperativa*, esto es, que contenga la demostración de que el testador establece la sustitución fideicomisaria por su propio imperio, y no abandonándola á la voluntad del heredero fiduciario.

El Código declara que estas últimas sustituciones «*no ... efecto*», frase que se adapta muy bien al carácter de las disposiciones de los números 2.°, 3.° y 4.° del artículo, pero que

cuanto al primero no resulta enteramente propia. No hay necesidad de insistir en esto; ni hay por qué tampoco demostrar que aquellas disposiciones del testador en que la sustitución fideicomisaria no resulta haber entrado en sus propósitos, aunque se haya empleado su nombre, ó aunque se haya impuesto la repetida obligación de entregar, serán también ineficaces como tales sustituciones.

*
* *

Prohibición de enajenar.—Las disposiciones testamentarias que contienen esta prohibición no son una sustitución fideicomisaria propia, porque falta la designación del sustituto, pero lo son impropiamente, porque implican el pase de los bienes á los herederos legítimos del fiduciario. Por la misma razón, si no sustituciones directas, lo son indirectas, puesto que, sin imponer terminantemente la obligación de restituir, la llevan de una manera implícita contenida, con carácter de mandato.

Pero no es lo peor que el Código se ocupe de ellas cuando ya están de plano comprendidas en el art. 783 y en el núm. 1.° del 785, por no contener llamamientos expresos del sustituído, ni declaración terminante de la obligación de restituir; sino que debiendo ser nulas, con arreglo al criterio y al mandato de esos artículos, se las declara válidas siempre que no pasen del segundo grado, límite impuesto por el art. 781. No constituye esta restricción, como pudiera creerse, una especialidad, porque tampoco podrán pasar de ese grado, aunque no se dice especialmente en los antes citados artículos, las sustituciones que con arreglo á los mismos sean válidas.

La inconsecuencia del legislador es evidente. ¿Por qué una cláusula en que no hay llamamiento expreso, pero sí determinación del propósito del testador, como la en que se dijera *Nombro heredero á Mariano y quiero que esta herencia sea sometida á sustitución fideicomisaria,* ha de ser nula, bien por lo dispuesto en el art. 783, bien por lo que se preceptúa en el párrafo 4.° del 785, y ser válida, en cambio, la en que el testador nombre á su heredero á Mariano, prohibiéndole enajenar los bienes, disposición que sólo se diferencia de la precedente en una mera cuestión de palabras?

Como buscar la coordinación lógica de estas contradictorias disposiciones sería tarea bastante para acreditar á cualquiera de poco juicioso, nos atrevemos á pensar que el legislador obró precipitadamente en este asunto, sobre todo teniendo presente para ello que las disposiciones del art. 783 y del núm. 1.° del actual, provienen de las bases redactadas por la Comisión de Códigos en las sesiones de que el Sr. Alonso Martínez dió cuenta en su trabajo acerca de *El Código civil;* y que las de los números 2.° y 3.° de este artículo han sido copiadas de los Códigos de Portugal y de Méjico, artículos 1.871 y 3.636 respectivamente. No es aventurado suponer que el deseo de conservar la obra primitiva y el de adicionarla con las enseñanzas extranjeras, unido á la circunstancia de haberse buscado la relación del actual precepto con el del art. 781, sin fijarse en los posteriores, haya producido la lamentable contradicción que acabamos de patentizar.

En Roma se consideraba como no escrita la prohibición de enajenar, salvo que fuese unida á una cláusula penal contra el heredero; en cuyo caso tomaba forma de sustitución indirecta. Se permitía, en cambio, imponer al heredero la condición de no vender á personas distintas de la familia. Con el tiempo, y merced á la evolución de la sustitución fideicomisaria, la cláusula de no enajenar quedó perfectamente autorizada, como una manera natural de crear un mayorazgo, y de establecer implícitamente el orden de la ley de Partida para la sucesión en los bienes. El Código, como vemos, la autoriza también, con tal que se imponga solamente al primer heredero, es decir, con tal de que no haya un tercer grado de herederos á consecuencia de la prohibición.

Encaja en este sitio mejor que en ningún otro la referencia á la cláusula de no testar, que entre los tratadistas antiguos era merecedora de examen, como cosa natural y corriente. ¿Qué efecto producirá hoy la prohibición de testar? Borsari considera ilícita esta cláusula, por ser opuesta á la ley; pero con la contradicción de estimar de esa manera la prohibición de enajenar. Antiguamente se la consideraba eficaz, hasta el punto de nerla como un ejemplo decisivo de la sustitución fideicomisa tácita, entendiendo que era una clara manifestación del de del testador de que los bienes pasaran á los herederos legíti del designado por él.

Después de la promulgación del Código, este problema ha perdido su antigua realidad práctica, puesto que la disposición de que se trata sólo tendrá efecto cuando el heredero, en uso de su derecho, no otorgue testamento, mas no cuando suceda lo contrario.

La cláusula de prohibición de testar ha quedado reducida á una fórmula muerta, á una condición nula, puesto que dependerá exclusivamente de la voluntad de aquel á quien se imponga.

Pago de pensiones á varias personas sucesivamente.—También el Código en este punto incurre en una contradicción extraña, aparte de la de autorizar una sustitución fideicomisaria impropia, de las comprendidas como ineficaces en el núm. 1.° del artículo. Consiste esta contradicción en limitar siempre al segundo grado la obligación impuesta al heredero de pagar una renta ó pensión (se habla de renta impropiamente, por copiar sin cuidado el Código de Méjico y el de Portugal) á varias personas sucesivamente. Si el Código no ve inconveniente en autorizar esta obligación, menor, sin duda, de la que se impone en la sustitución fideicomisaria regular, y si, copiando lo dispuesto en ésta, se limita la obligación al segundo grado, ¿por qué no se exceptúa también á las personas vivas al fallecimiento del testador, como en el art. 781, cualquiera que sea el número de llamamientos al disfrute de la pensión establecida? Tampoco podría darse una explicación de este criterio sin demostrar la falta de cuidado con que se redactó el artículo.

Por lo demás, la disposición es clara en todo, menos en lo del segundo grado á que se refiere. Este segundo grado ó llamamiento, ¿se contará á partir del heredero, como en la sustitución fideicomisaria propia, ó á partir del primer pensionista? En realidad, el Código parece referirse al grado con relación á las personas nombradas para el disfrute de la mal llamada renta, y, por lo tanto, decir «*segundo grado*» equivale á decir «*tres personas sucesivamente.*» Pero como el hecho de la sustitución se verifica también al quedar libre de la carga el heredero, porque entonces adquiere una porción de herencia asignada antes á otras personas, creemos que las llamadas á la pensión no podrán pasar de dos, constituyendo la segunda de ellas el primer grado de la sustitución y el heredero el segundo.

***

Encargos confidenciales. – Ya sabemos cuál fué el origen de los fideicomisarios en Roma, cuál el motivo de su institución: la necesidad de pasar por encima de las disposiciones que regulaban la testamentifacción pasiva, atendiendo al propósito de no morir sin testamento. Por medio del ruego al heredero, se conseguía hacer pasar á manos de la persona que el testador deseaba, los bienes de la herencia. Las Partidas repugnaron este aspecto de la sustitución fideicomisaria, y dispusieron que cuando el testador rogase al heredero en puridad que entregase la herencia á algún hijo ó á otra persona á quien la ley prohibiese heredarle, dicho heredero perdería el derecho de suceder, cumpliendo el ruego ó mandamiento del testador.

No obstante tan clara disposición de las Partidas, la doctrina de los jurisconsultos fué poco á poco decidiéndose en el sentido de ser válida y eficaz la disposición testamentaria en que el testador se refería á instrucciones confidencialmente comunicadas al heredero, con arreglo á las cuales había de invertir los bienes; pero llevando esta eficacia al extremo de no autorizar la investigación de persona alguna en el buen ó mal uso hecho de sus facultades por el testador, y en el debido ó indebido desempeño de su encargo por el heredero. Por consecuencia, podía fácilmente beneficiarse con la herencia á personas incapaces para la sucesión, en contra de lo dispuesto en la ley de Partidas, y de lo que los principios del derecho definen é imponen.

En cuanto á esta parte de la capacidad del heredero, la disposición del art. 755, á cuyo comentario nos remitimos, hace posible en adelante la intervención del Poder judicial en todos aquellos casos en que se demuestre que el intento del testador era la transmisión de los bienes á un incapaz. El heredero es entonces una persona interpuesta, cualquiera que sea la forma de su nombramiento, y la disposición testamentaria se hace nula.

Por lo demás, el núm. 4.° del art. 785 se presta á una doble interpretación. «No surtirán efecto, dice, las disposiciones que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador.» ¿Cuál es lo que no surte efecto, lo ordenado reservadamente, ó la disposición entera á favor del intermediario de confianza?

Para creer que toda la disposición es ineficaz y que, por lo tanto, nada recibirá la persona á quien se confía el encargo, se puede tener por argumento la forma gramatical de la ley: «*no surtirán efecto las disposiciones que tengan por objeto dejar á una persona...*» Es, pues, la disposición á favor de esta persona la que se prohibe gramaticalmente en el Código.

Sin embargo, el haberse traído este precepto al art. 785 sólo puede depender de su relación con la sustitución fideicomisaria. Es también una forma impropia de esta sustitución, como las indicadas con anterioridad.

El objeto, pues, del legislador, para ser lógico, puede llegar á la declaración de no tener eficacia el derecho establecido en favor de ciertas personas ó cosas mediante instrucciones reservadas, que es la materia de la sustitución; pero no á hacer nula la disposición entera.

Además, en el art. 786 se dispone que la nulidad de la sustitución no perjudicará á la validez de la institución ni á los herederos del primer llamamiento. Ciertamente el heredero nombrado para distribuir los bienes de una manera predeterminada puede no ser realmente heredero, por no aprovecharse en nada de la herencia. Pero, sin conocer las instrucciones del testador, y no habiéndose concretado por éste el alcance de las mismas, sino héchose la referencia en términos generales, ¿por qué se ha de declarar de plano que no quiso favorecerle con una parte de ella, ó con el disfrute de toda durante su vida, ó de cualquiera otra manera?

Es indudable que si el testador se limita al nombramiento de un heredero, sin hablar de instrucciones reservadas, existan éstas ó no existan, la disposición es inatacable (salvo el caso de interposición á favor de un incapaz). Y, en este supuesto, ¿sería lógico que, por la sola modificación de haberse hecho referencia en el testamento á las instrucciones reservadas, cambiase de carácter la disposición? La validez ó nulidad de una cláusula no puede hacerse consistir en una mera cuestión de lenguaje, cuando no modifica de hecho la voluntad del testador.

Creemos, por último, que lo único ineficaz en estas disposiciones es la referencia al encargo confidencial. El heredero será libre en su conciencia de cumplir ó no lo que el testador le había ordenado; la persona á cuyo favor se hubiere hecho la manifes-

tación secreta no podrá reclamar en ningún caso contra la conducta del heredero. Esta era la doctrina de los tratadistas; para consignarla el Código por vez primera en nuestra legislación, y sin precedente tampoco en las de otros países, puede haber servido de motivo la confusión de opiniones y doctrinas que reinaba en el asunto.

ART. 786. La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará á la validez de la institución ni á los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Concordancias.—Análogo al art. 637 del proyecto de 1851 é igual al 787 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El Código francés, al declarar prohibidas en el art. 896 todas las sustituciones, determina especialmente la nulidad de la fideicomisaria, incluso para el heredero ó legatario nombrados en primer lugar: *même à l'egard du donataire, du l'heritier institué et du legataire.*

Para los tratadistas, esta nulidad tiene su fundamento jurídico en la dificultad de conocer quién era el preferido por el testador al ordenar la sustitución fideicomisaria. Acaso, se dice, el verdadero propósito del testador era favorecer con la herencia á la persona llamada en segundo lugar, y en este caso, al excluir á la misma y al conceder los bienes al primeramente instituído, se comete una infracción evidente é injustificada de la voluntad del difunto. Como quiera que sea, dicen los mismos autores, el texto del art. 896 no da lugar á dudas, y la nulidad de la disposición entera en que se nombra un sustituto fideicomisario es, por consecuencia, legalmente inevitable.

En cambio, los Códigos de Italia (900), de Portugal (1.869) de Méjico (3.632), conformes con el francés en la prohibición todas las sustituciones, incluso en el primer grado, decide como el nuestro, que la nulidad de la sustitución no afecta á

institución hereditaria ó legado á que se haya añadido; y el ilustre Borsari encuentra este «temperamento tan equitativo, tan natural, que no permite comprender la razón de que en el Código francés se envuelva en el anatema la disposición entera, aun en aquellas partes en que es inocente y legítima».

En efecto: la duda de la preferencia por el testador puede caber en el caso de no nombrarse verdaderamente heredero, sino sólo administrador ó depositario, á una determinada persona, para la entrega de los bienes á otra, de lo que ya nos hemos ocupado en el art. 781, y en el de que, nombrado de hecho heredera la citada persona, existan instrucciones reservadas para la inversión de bienes, en la forma indicada también por comentario al núm. 4.º del art. 785.

Pero cuando lisa y llanamente se nombran varios herederos sucesivos, sin limitación alguna en el disfrute de los bienes, salvas las impuestas por la naturaleza de la sustitución fideicomisaria, se ha de entender naturalmente que el primer llamado á la herencia era preferido en el ánimo del testador, puesto que, en rigor jurídico, la institución es siempre principal y la sustitución accesoria.

Aun cuando de hecho no fuera así, aunque se demostrara, por el contrario, que en la intención del testador era preferido el llamado en segundo término, si bien cualquiera circunstancia, por ejemplo, la de no haber nacido todavía, obligaba al llamamiento de un primer heredero, siempre resultaría que uno y otro tenían el favorable voto del difunto; y ¿por qué no permitir la herencia del primero, á cuya capacidad no falta condición alguna, y en cuyo favor, al fin y al cabo, resulta decidida la voluntad testamentaria?

Los mismos comentaristas franceses invocan el principio romano *actus intelligendi sunt, optius ut valeam, quam ut pereant*, para inclinarse siempre al sostenimiento de la sustitución en sus dos partes, de nombramiento de heredero y de sustituto, antes que á la declaración de nulidad de ambas. Haciendo aplicación del mismo principio, esto es, considerando que los actos han de entenderse de manera que valgan, antes que de manera que perezcan, debemos considerar muy justa la disposición que deja á salvo el nombramiento del heredero, cualquiera que sea la suerte reservada á la sustitución.

Entretiénense los comentaristas citados, con motivo de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, en encontrar maneras de darle cierta eficacia, ya que nó en este concepto, en el de sustitución vulgar, ó en el de derecho de acrecer. Si puede entenderse, dicen, en la sustitución fideicomisaria la vulgar, como, por ejemplo, habiendo dicho el testador: «*instituyo á Antonio, y en caso de muerte le sustituyo con Mariano*», la disposición valdrá como tal sustitución vulgar, aun anulada como fideicomisaria. Por la misma razón tendrá eficacia, á título de derecho de acrecer, cuando la fórmula empleada por el testador permita la invocación de este derecho.

Opiniones son éstas que, por su misma evidencia, no solicitan demostración alguna. Es demasiado claro que, cabiendo en la voluntad del testador, además de la sustitución fideicomisaria, cualquier otro derecho, la nulidad de la primera no implicará la de los últimos. Sólo, sí, conviene advertir que, en nuestro Código, por consecuencia de lo dispuesto en el núm. 1.° del artículo 785, la fórmula de la sustitución fideicomisaria ha de ser directa, ó llamándola por este nombre, ó imponiendo la obligación de entregar los bienes el primer heredero al segundo. Resulta, pues, muy difícil que en una verdadera sustitución fideicomisaria, ajustada á este rigor del Código, quepan ni la sustitución vulgar, salvo lo que hemos dicho en el art. 784, ni el derecho de acrecer.

Tampoco tiene duda que cuando pueda demostrarse que el primer heredero ha sido llamado sólo al usufructo, ó, por lo menos, cuando con amplitud de criterio (obediente al principio de la ampliación de lo favorable y restricción de lo odioso) quepa entenderlo así, la sustitución fideicomisaria será válida, por lo dispuesto en el artículo inmediatamente posterior.

ART. 787. La disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo á var personas, no simultánea, sino sucesivamente, se est á lo dispuesto en el art. 781.

Concordancias.—Análogo al primer párrafo del art. 638 del proyecto de 1851 y al 788 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 788. Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes ó en favor de los pobres ó de cualquiera establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero ó herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización é imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

Concordancias.—Semejante al art. 789 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 787 Y 788.—Como el art. 785, que nos corresponden ahora en turno se ocupan de tres formas especiales de la sustitución fideicomisaria, para autorizar

totalmente una y para limitar el uso de las otras dos. De fácil comprensión todas ellas, y constituida casi exclusivamente por reglas de puro procedimiento la especialidad de la última, nuestra labor de comentaristas está bastante limitada en estos dos artículos. Procedamos por partes, siguiendo el orden de las disposiciones en ellas contenidas.

***

1.º «*La disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia, y á otra el usufructo, será válida.*»

Todos los Códigos que prohíben la sustitución fideicomisaria tienen una disposición semejante á ésta; los unos expresando que no se considera como tal sustitución la separación del usufructo y de la propiedad; dando á entender los otros que esto constituye una verdadera sustitución fideicomisaria, en el fondo, pero merecedora de consideración y de respeto por su particular naturaleza.

El Sr. Alonso Martínez se burlaba de todos estos Códigos, haciendo notar, respecto del italiano, la contradicción de prohibir en absoluto todas las sustituciones fideicomisarias, para autorizar después la que se constituye por la separación de la propiedad y del usufructo. «No ha mucho que una casa de la más alta nobleza española se dignó consultarme un testamento otorgado por un magnate italiano, y tuve entonces ocasión de admirar una vez más el ridículo en que caen los legisladores cuando subordinan á vulgares preocupaciones las leyes inflexibles de la lógica y los principios eternos de la justicia. La oposición de los artículos 899 y 477, 478 y 901 del Código italiano era evidente, y la validez ó nulidad del testamento una mera cuestión de palabras. En el fondo, el testador no había hecho más que legar el usufructo á uno y la propiedad á otro, pero la cláusula estaba redactada en tales términos, que aparentemente revestía la forma de un fideicomiso. ¿Se calificaba como tal? Pues entonces salía al paso el texto del art. 899, que dice: «La cláusula testamentaria por la cual el heredero ó legatario esté obligado con cualquier expresión á conservar y restituir á una tercera persona los bienes de la herencia, es una sustitución fideicomisaria. Semejante sustitución está prohibida.» ¿Se consideraba, por el c

trario, como usufructo? Pues en tal caso, la disposición del testador era válida, porque, con arreglo á los artículos 477, 478 y 901 del Código italiano, se puede dejar en testamento el usufructo á uno y la propiedad á otro, estando el usufructuario obligado en el disfrute de la herencia ó de la manda á conservar la substancia, así en la materia como en la forma, en favor del que tiene la nuda propiedad. De modo que, en suma, dependían de un accidente retórico la eficacia del testamento y el respeto á la voluntad del propietario difunto.»

Claro es que erraba el Sr. Alonso Martínez, no obstante su fama de buen jurisconsulto, en suponer contradicción en la letra de los artículos del Código italiano, porque ó se entendía ó no se entendía que el testador había legado sólo el usufructo, en el primero de cuyos casos era aplicable el art. 901, y en el segundo el 899, sin contradicción de ninguna especie. La dificultad práctica estaba entonces en comprender la voluntad del testador, no en conocer el artículo del Código aplicable á ella.

Lo que el Sr. Alonso Martínez pudo decir es que, en el fondo, en el espíritu de aquellas disposiciones, existe al parecer evidente antinomia, puesto que, sin dejar de ser una sustitución fideicomisaria la separación de la propiedad y del usufructo, se prohíbe aquélla en términos generales y se permite en particular ésta. Pero si realmente tal disposición es una sustitución fideicomisaria, lo es de una manera impropia, porque, aun considerado como heredero y no como simple legatario el que recibe el usufructo, siempre hay entre él y el que después adquiere la propiedad plena, la diferencia de un derecho sustancial, inmaterial, pero derecho siempre, y siempre vivo, que tiene el segundo y no tiene el primero. Por esto y por lo de ser de un uso tan corriente que su prohibición equivaldría casi por completo á la muerte de la institución del usufructo, el legislador pudo rectificar la obra en este extremo, no precisamente contradiciéndose, sino formulando una excepción á la regla general.

Esto aparte, en los citados Códigos se entiende que la excepción introducida no admite sucesión á más de dos personas, una primera en el usufructo, otra después en la plena propiedad. El Código de Méjico lo ha declarado así, para evitar la duda, diciendo terminantemente que la referida disposición será válida, «á no ser que el propietario ó el usufructuario queden obli-

gados á transferir á su muerte la propiedad ó el usufructo á un tercero».

Nuestro Código ha copiado la autorización sin reparar en sus diferencias respecto de las legislaciones que prohíben la sustitución fideicomisaria, y por de pronto ha incurrido en el defecto de disponer dos veces la misma cosa; puesto que claramente comprendido está en el art. 781 el caso de que el heredero *conserve* en usufructo determinados bienes para que pase después su propiedad á otra persona.

¿Pero es, además, que sólo será válida la separación de la propiedad y del usufructo cuando sea llamada una persona al primero y otra á la segunda? ¿No valdrá también el doble grado en el llamamiento á la propiedad? ¿No será además posible y válido que se llame una persona al usufructo y varias á la propiedad, siempre que vivan al fallecimiento del testador?

De aplicarse el artículo literalmente no puede haber más de dos personas; pero entonces, lejos de confirmarse lo dispuesto en el art. 781, se limitaría de una manera notoria. Lo que en los demás Códigos es una ampliación de criterio, resulta aquí una restricción. Esto no puede suceder; pero ocurre que si, por el contrario, nos permitimos convertir en plural el singular del Código, abrimos la puerta á la sustitución fideicomisaria indefinida, lo cual no puede ser tampoco.

El buen sentido basta para comprender que la facultad de dejar la propiedad á uno y el usufructo á otro no tiene más amplitud, pero tampoco más rectricción, de las fijadas en el art. 781. De todas maneras, resulta que, habiéndolo dicho bien el legislador en aquel artículo, vino á decirlo otra vez, pero mal, en el presente, por no tener en cuenta, podemos decir, parodiando al Sr. Alonso Martínez, «el ridículo en que caen los legisladores cuando subordinan al afán de copia á todo pasto, las exigencias especiales de cada legislación particular.»

***

2.° «*Si llamare al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 78*.

De los usufructos de varias personas, ya simultánea, ya sucesivamente, lo mismo de los constituidos por contrato que p

testamento, nos hemos ocupado en el comentario del art. 469, el cual declara, en general, que el usufructo podrá constituirse á favor de una ó de más personas, simultánea ó sucesivamente.

Como se ve desde luego, este párrafo del art. 787 es una especie de explicación del anterior. Por medio de él se aclara en parte la duda que allí se nos presenta sobre la posibilidad de multiplicar por varios grados ó por varias personas la unidad de sujetos con que el Código alude á la separación de la propiedad y del usufructo. Puede, en efecto, según se declara ahora, nombrarse varios usufructuarios, y en este caso regirá la limitación establecida en el art. 781.

Pero si con esto se aclaran las dudas relativas á la posibilidad de nombrar varios usufructuarios, nace, en cambio, otra nueva acerca de la inteligencia del segundo grado en estos usufructos sucesivos. ¿Se contará el propietario como un grado, debiendo pasar á él, por consecuencia, la propiedad de los bienes al morir el segundo de los usufructuarios? ¿O se contará sólo á estos usufructuarios, admitiendo la posible existencia de tres, sustituto el segundo del primero y el tercero del segundo, como en la sustitución fideicomisaria regular? Quizá podría buscarse filosóficamente una distinción entre el caso de que el usufructo se constituya como herencia y el de que sea simplemente un legado. Pero, por consecuencia de lo dispuesto en la primera parte de este art. 787, debe entenderse que, á juicio del legislador, siempre que una persona tiene el usufructo y otra la propiedad, hay sustitución fideicomisaria de aquélla por ésta. El propietario, en su virtud, es un grado de sustitución que excluye la posibilidad de un tercer usufructo válido. Todo esto, naturalmente, cuando se trata de personas no vivas al fallecimiento del testador, porque si vivieran, el número de usufructuarios, como el de sustitutos de todo género, no tiene límite en el art. 781.

***

3.º «*Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades, periódicamente, en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes, ó en favor de los pobres ó de cualquier establecimiento público de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes...*»

Estas condiciones son:

1.ª Que siendo temporal la carga y estando impuesta sobre bienes inmuebles, el heredero pueda disponer de la finca gravada, sin que el gravamen cese hasta que se cancele la inscripción.

2.ª Que siendo perpetua, cualesquiera que sean los bienes sobre que se imponga, el heredero pueda capitalizarla é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca, interviniendo en estas operaciones el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

También hay en estas disposiciones una sustitución fideicomisaria irregular.

No es la entrega de los bienes de unos á otros herederos, pero es el establecimiento de una carga á favor de varias personas sucesivamente, con fijación temporal ó perpetua de determinados bienes afectos al cumplimiento de aquélla. Las capellanías, los patronatos, los aniversarios para misas, etc., eran, en general, disposiciones de esta clase en la legislación antigua. No debe, en cambio, confundírsela con las fundaciones, cuya diferencia teórica es muy marcada y evidente.

La validez que se concede á estas disposiciones no es sólo una excepción de lo dispuesto en el art. 781, sino también de lo que especialmente se determina para las rentas ó pensiones perpetuas, en el núm. 3.° del art. 785. La consideración de sus beneficios sociales, la necesidad de favorecer la caridad individual y la de continuar lo que los positivistas llaman evolución del egoismo al altruísmo, han decidido, no sólo á nuestro Código, sino antes de él á los de Italia, Portugal y Méjico, á la tolerancia de este rompimiento parcial de los principios modernos de la sustitución fideicomisaria.

Conviene advertir ahora, aunque el Código no lo declare expresamente, que para que sean válidas estas cargas han de estar impuestas sobre bienes determinados. Si son sólo un gravamen del heredero, al que ninguna parte de la herencia se encuentra afecta, se regirán por lo dispuesto en el citado art. 785, y no podrán, por consecuencia, ser perpetuas. Para afectar este carácter, en ese caso, habría de requerirse necesariamente el nombramiento sucesivo de herederos, imponiéndoles á todos la misma carga. Cuando solo nombra uno, ó dos, ó tres, hasta donde el límite de la sustitución fideicomisaria le permite, si no hay

bienes afectos á la carga, el último heredero es naturalmente el último obligado á cumplirla.

De igual manera conviene advertir, aun sin decirlo el Código tampoco, que la licitud de estas disposiciones de beneficencia es independiente de la libertad con que en todo caso habrá de regirse la sucesión de los bienes en que la carga se impone. La sustitución fideicomisaria se permite por consideración á las personas que habrán de recibir el favor de la obra de beneficencia acordada; pero á la propiedad de los bienes corresponde un rumbo independiente y libre, sin facultad en el testador para limitar el orden de la herencia sino en el grado que en el art. 781 se establece.

Ahora bien: cuando la carga sea perpetua y sobre bienes inmuebles, ¿podrá el heredero enajenarlos del mismo modo que cuando la carga es temporal? Por de pronto, la facultad de disponer por testamento implica una enajenación; y ésta ha de ser permitida, so pena de autorizar indefinidamente la sustitución fideicomisaria á favor de los herederos legítimos del poseedor. La enajenación por actos entre vivos tampoco, á nuestro juicio, puede contrariarse; porque si de todos modos se supone que la finca está inscrita en el Registro de la Propiedad, y con ella el gravamen á que se halla afecta, ¿qué importa la enajenación, ni qué diferencia implica el que la carga sea perpetua ó temporal?

¿Podrá capitalizarse la carga cuando es temporal? El Código sólo habla de capitalización cuando es perpetua; en realidad, cualesquiera que sean sus motivos para permitirlo en este caso, concurrirán también seguramente cuando el tiempo de duración esté definido y sea muy largo, doscientos ó trescientos años, por ejemplo. Y aun siendo menor el tiempo ¿qué inconveniente puede haber en la capitalización haciéndose ésta en debida forma?

Capitalización es una operación de cálculo por la que, conocido el interés, se determina el capital. Cuando el tanto por ciento no se conoce, y, sin embargo, la capitalización es necesaria, se adopta el criterio más oportuno para que el capital, dada la utilidad corriente del dinero, produzca el importe conocido del interés. De la legislación de censos puede recordarse el tipo de uno y medio por ciento, esto es, de ciento por uno y medio,

con que se determinaba el capital correspondiente á la pensión. En la vigente ley de Enjuiciamiento civil, para la fijación de la cuantía de los pleitos, las pensiones anuales perpetuas se multiplican por 25. Pero para la capitalización de estas cargas de beneficencia no puede haber otro criterio que el de obtener un capital cuya renta cubra el importe del gravamen. Por esta causa, sin duda, los autores del Código ordenan que hecha la capitalización se imponga el capital á interés en primera hipoteca. Y sobre esta base, esto es, asegurándose el pago de las pensiones establecidas por el testador, ¿qué importa que la carga sea temporal?

La exigencia de la primera hipoteca es indudablemente una puerilidad del legislador, impropia de hombres de derecho y acostumbrados á los negocios. Siendo la hipoteca *suficiente*, como también se exige, ¿qué más da que sea segunda ó primera? Advierte después el Código que, en las operaciones de capitalización é imposición, ha de intervenir el Gobernador civil de la provincia y se ha de oir al Ministerio público. La intervención del Gobernador, sin distinguir de casos, y, por lo tanto, comprensiva del de haber constituído el testador un patronato puramente particular, no acertamos á comprender bien por qué se impone; menos todavía dentro de qué límites ha de ejercerse. De todos modos, el procedimiento debe ser judicial, y, sin duda alguna, se regulará por lo dispuesto para los actos de jurisdicción voluntaria en la ley de Enjuiciamiento civil. No es difícil comprender que su principio será la petición del interesado; que corresponderá al mismo proponer el importe del capital y los medios de asegurar el interés; que el Ministerio público deberá informar acerca de la suficiencia de la hipoteca y demás condiciones exigidas por la ley; que el Juez dictará auto concediendo ó denegando lo que se solicite, y que, en último término, corresponderá también al Juez, una vez formalizada la correspondiente escritura de hipoteca, ordenar la cancelación de las cargas inscritas sobre los inmuebles designados por el testador.

El Código no habla del caso de imponerse las cargas sobre bienes muebles. Cuando así suceda, la capitalización será forzosa, puesto que los muebles, por regla general, no producen renta ni ofrecen, en último término, garantías de conservación. Sólo que en este caso, como en el de quedar afecta á la carga

determinada cantidad de numerario, que puede ó no producir la utilidad suficiente para el pago de las pensiones, no será obligación del heredero asegurar el importe de las mismas, ni habrá necesidad de constituir hipoteca.

Con esto ponemos término á la explicación del art. 788, cuyos concordantes en los Códigos extranjeros no son tan prolijos en estos preceptos de puro detalle.

ART. 789. Todo lo dispuesto en este capítulo respecto á los herederos se entenderá también aplicable á los legatarios.

Concordancias.—Análogo al art. 637 del proyecto de 1851 é igual al 790 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 781.*

COMENTARIO.—No da lugar este artículo á ninguna duda, ni requiere ninguna explicación.

El Código francés, al prohibir las sustituciones de toda clase, artículo 896, se refiere al donatario, al heredero instituído ó al legatario. El Código portugués habla también del heredero y del legatario en el art. 1.866 y demás dedicados á la sustitución fideicomisaria. Del mismo modo aplican también al heredero y al legatario las disposiciones sobre la sustitución vulgar (art. 898 y 1.858 respectivamente).

En nuestro Código, todos los artículos que tratan de la sustitución, en sus diversas formas, se refieren al heredero exclusivamente. Lo mismo procede el de Méjico. Esta disposición final, por consecuencia, es una declaración corriente, de la que se hace materia aparte con el único fin de evitar en la redacción de las anteriores la repetición constante de los dos conceptos y los consiguientes rodeos de expresión.

Volvemos á decir que la igualdad establecida entre los legatarios y los herederos á los efectos de las sustituciones no ofrece duda de ninguna clase. Iguales motivos tiene el testador para nombrar á dos ó más personas, alternativa ó sucesivamente, al

disfrute de los bienes, y la misma consideración merece á la ley cuando el favor abraza todo el importe de la herencia, que cuando se refiere á una porción de la misma, é idénticos cuando esta porción es á título universal que cuando á título particular.

Llama la atención que el art. 789 se refiera á todo lo dispuesto *en este capítulo*. El capítulo en que nos hallamos es el de la herencia, segundo del libro III, donde se legisla acerca de capacidades, de instituciones, sustituciones, legítimas, mejoras, etc.; y no puede decirse que todo lo dispuesto en el *capítulo* sea aplicable á los legatarios, puesto que las legítimas y las mejoras, por ejemplo, nada tienen que ver con el legado.

Pero es seguro que el legislador no daba tampoco al artículo el alcance que se desprende de dichas palabras, no sólo por la indicada razón, sino por la de su colocación en el Código. ¿A qué venía incluir en la materia de sustituciones una disposición referente á todo el capítulo de la herencia? Con estas observaciones á la vista, no cabe suponer sino que se trata simplemente de un descuido más, en la infinita serie de lamentables equivocaciones de la redacción del Código. Donde dice *capítulo* debemos, pues, entender *sección*, en la seguridad de no dejar lugar á casación por infracción de ley.

SECCIÓN CUARTA

De la institución de heredero y del legado condicional ó á término.

La condición es al derecho condicionado lo que la tierra á la semilla. Como ésta adquiere vida propia al desprenderse de las espigas ó del fruto, adquiérela el derecho del heredero al desprenderse del entendimiento del testador y tomar cuerpo en el acto testamentario; y como la semilla es infecunda sin el calor y la humedad de la tierra, es infecundo este derecho sin el abrigo que le presta el cumplimiento de la condición.

Se hace mal en decir, salvo para evitar rodeos de lenguaje, que de que la condición se cumpla ó no se

cumpla, según los respectivos casos, depende el nacimiento de los derechos á la herencia. Lo que depende de ese cumplimiento de la condición es la efectividad del derecho; como depende de las cualidades de la tierra la germinación de la semilla. Pero ni la planta se debe á la tierra, sino á la propia virtud reproductiva del grano, ni el derecho se debe á la condición, sino á la propia virtualidad del testamento. El derecho hereditario es tal derecho desde que la voluntad del testador le crea y determina, al abrirse la sucesión en sus bienes; viniendo después á ser la condición como el ambiente que le rodea, que le vivifica ó le mata, que le permite ó no desenvolverse, pero que no niega ya su nacimiento, ni su verdadera realidad jurídica.

Esta materia de las condiciones á que se puede someter la efectividad de los derechos testamentarios, está tratada en el Código de nuestra patria, lo mismo que en los del extranjero, de una manera imperfectísima y desdichada.

Caso tras de caso, ejemplo tras de ejemplo, observación tras de observación, los antiguos expositores del derecho habían llegado á formular un concepto de las condiciones, á clasificarlas en diversos grupos y á aplicar á ellas separadamente reglas oportunas.

Tendremos ocasiones de ver la poca precisión de aquel estudio, y su falta de conformidad con los principios filosóficos, así como la frecuencia de las contradicciones en los textos legales y en los tratados de los jurisconsultos, al determinar el contenido de la condición en general y el propio de cada uno de sus diversos grupos especiales. Pero de su comparación con el conjunto de disposiciones que rigen la materia en los

modernos Códigos, resulta enorme desventaja para éstos; de tal manera que si se les hubiese de entender y aplicar sin el auxilio decidido de los conocimientos anteriores, no habría caminos para el entendimiento sino por entre nubes espesísimas y sobre abismos y montañas.

El Código empieza por no fijar los caracteres de las condiciones, dando por supuesto que no se presta á dificultad de ninguna clase su determinación. ¿Han de estar constituídas por un hecho? ¿Pueden ser ciertas? ¿Pueden ser presentes ó pasadas? ¿Pueden ser tácitas? Todas estas cuestiones esenciales se abandonan al buen criterio del Juez ó del Letrado.

La adquisición definitiva ó la pérdida del derecho, por consecuencia del cumplimiento de la condición, se determinan en el Código á medias y oscura y embrolladamente. Se dice en el art. 797 que el modo ó gravamen de la institución de heredero se diferencia de la condición en que los bienes sometidos á él pueden pedirse desde luego. Se añade en el 801 que mientras esté pendiente la condición suspensiva, los bienes de la herencia han de estar sometidos á administración. De estos dos artículos, combinados, se llega á deducir que continúa la antigua doctrina de no venir ni ceder el día, en las instituciones condicionales suspensivas, hasta el cumplimiento de la condición. Pero, ¿qué se ha hecho de la condición resolutoria? No sólo no se ocupa de ella el Código, sino que en el art. 795, en el 796, en el 798 y en el 799 se refiere á las condiciones en general, en términos que excluyen á la que produce la resolución del derecho.

En otro punto muy interesante, el de la transmisi-

bilidad de los derechos hereditarios sometidos á condición, el Código habla solamente de las condiciones suspensivas, como si de la resolutoria no se pudiera hacer cuestión. ¿En qué consiste, pues, la condición resolutoria, cuál es el régimen á que se somete la herencia mientras está pendiente su cumplimiento, cómo se aplica á ella la cuestión de la transmisibilidad, cuáles son los efectos de la resolución del derecho? El legislador pensó quizás que los buenos entendedores necesitan pocas palabras, y á todos los obligados á leer el Código nos dispensó de esta manera su altísimo elogio; pero extremó sin duda, ó confundió, los términos del adagio, y donde se decía «pocas palabras» entendió «ninguna», y donde se expresaba «buenos entendedores» interpretó «adivinos».

Omite el Código además las reglas por que deben regirse las condiciones conjuntas y alternativas, así como las divisibles y las indivisibles, no obstante que estas últimas, según veremos más adelante, sugieren grandes dudas, que no son bastantes para resolver los principios generales del derecho. Deja también de precisar la diferencia entre la condición y el término, expresándose en el art. 805 en forma un tanto ambigua, de la que podrán derivar igualmente dificultades considerables.

Por otra parte, el plan de toda la sección es laberíntico, como acaso el de ninguna otra del Código. Cuesta trabajo establecer entre los artículos 793 y 794 y el 792 la relación íntima que guardan en la doctrina jurídica de las condiciones imposibles. No se comprende cómo el art. 797, relativo al modo ó gravamen, se encuentra colocado enmedio de las disposiciones

sobre la condición, cuando lógica y naturalmente, por la distinta materia de que trata, y hasta por su carácter excepcional, debería figurar á continuación del 804. Menos todavía se explica que empezando el art. 798 con un precepto relativo al gravamen, termine con otro propio de las condiciones, cuyo estudio había quedado interrumpido en el 797. Por último, los artículos 800 y 801, relacionados sin duda directamente, son tan distintos en su forma de redacción, que sólo tras un detenido estudio llega á notarse en lo que se conforman y en lo que se diferencian; pareciendo, por el contrario, á primera vista, que se refieren á puntos enteramente diversos é inagrupables.

Las incoherencias, omisiones y contrasentidos de la sección presente, duplican nuestro trabajo de comentaristas, pero le acometemos, sin embargo, con el mejor deseo de aclarar el texto de la ley, rectificando sus errores y llenando sus vacíos.

ART. 790. Las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

Concordancias.—Igual al art. 877 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Tit. IV, Partida 6.ª Proemio.* Condiciones ponen los omes a las vegadas en sus testamentos, e mayormente en aquel lugar do establescen los herederos. E pues que en el titulo ante deste fablamos de los establescimientos dellos, queremos aqui dezir de las condiciones que pueden ser y puestas. E mostraremos que quiere dezir condición. E quantas maneras son dellas. E en que manera deuen ser fechas, e puestas, e entendidas en los testamentos. E quales deuen valer. E quales non.

Ley 1.ª, tit. IV, Part. 6.ª—Condicion es vna manera de palabra que suelen los fazedores de los testamentos poner, o dezir en los establecimientos de los herederos que les aluenga la pro de la herencia o de la manda fasta que aquella condicion sea cumplida. E los fazedores de los testamentos a las vegadas ponen condiciones paladinas en estableciendo los herederos. E a las vegadas maguer non las ponen entiendense calladamente hechas bien assi como si fuessen y escriptas e puestas. E aun entre aquellas condiciones que ponen los omes señaladamente en sus testamentos, dellas y a que pertenescen al tiempo passado, e otras al tiempo pressente, e otras y a que pertenescen al tiempo que es por venir. E aquellas que pertenescen al tiempo que es por venir algunas y a que pueden ser, e algunas que non, que son dichas en Latin impossibles. E destas que non pueden ser; a tales y a dellas que se non pueden cumplir por embargamiento de natura; e atales y a que las embarga el derecho, e otras que se embargan de fecho, e otras y a que non pueden ser porque son dubdosas e escuras. E de las condiciones que pueden ser: algunas y a dellas que son en poder de los omes para cumplirlas. E otras y a que son en auentura, si seran o no. E otras y a que son mezcladas que en parte cuelgan del poder de los omes e en parte estan en auentura. E fazense por estas palabras diziendo: fago a fulano mi heredero, si diere o fiziere tal cosa a tal eglesia o en otra manera semejante desta.

Ley 21, tit. IX, Part. 6.ª—Condiciones, e razones, e maneras ciertas ponen los omes quando fazen sus mandas, e las condiciones se fazen por esta palabra, *si:* como quando dize el que faze la manda: mando a fulano tal cosa, si me fiziere tal cosa, o si me fiziesse tal seruicio, o si me le ha fecho. E tal condicion como esta, puede ser puesta en las mandas, tambien en el tiempo passado como en el poruenir. E si se cumple, o es cumplida vale la manda sobre que es puesta, e puede luego pedir la cosa mandada aquel a quien la mandaron, mas ante que se cumpla la condicion, non la puede, nin deue demandar. Otrosi los fazedores de los testamentos, ponen razones en las mandas quando las fazen. E a esta razon llaman en latin causa. E esto es como quando dize el testador: mando a fulano cient marauedis por seruicio que me fizo. E tal razon como esta, cata siempre al tiempo passado. E la manda que es assi fecha, dezimos que

maguer la razon que es puesta en ella, non sea verdadera, vale e puede luego demandar tal manda a aquel a quien es fecha, e ser entrega lo della. E a las vegadas fazen las mandas de otra guisa, a que llaman en latin modo, que quier tanto dezir como manera. E esto es como quando dize el testador: mando a fulana muger mil marauedis porque case con tal ome. E la manda que es fecha en esta manera, o en otra semejante della, vale, e deue ser luego entregado della aquel a quien es fecha, dando recabdo que se trabajara de cumplir lo que el testador le mando, e gana el señorio de la cosa que le es assi mandada, luego que compliere lo que le manda fazer el testador. E esso mismo seria quando se trabajare quanto pudiere, aquel a quien era fecha la manda, para cumplir lo que manda el testador, maguer non se cumpliesse. E cada vna destas tres maneras sobredichas, ha su manera cierta en latin porque se pone. Ca la primera se faze con *si*, la segunda con *quia* y la tercera con *ut*.

ART. 791. Las condiciones impuestas á los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Concordancias.—Análogo al art. 708 del proyecto de 1851 y al 878 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 790 Y 791.—*Indicación preliminar.*—Después de regular en líneas generales la sección segunda de este capítulo la forma y los efectos de la institución de heredero y del nombramiento de legatario, completa la materia esta sección cuarta ocupándose de las formas condicionales y temporales de las disposiciones del testamento, hechas á título universal ó á título particular.

Hay un primer género de designaciones de heredero ó legatario que se distinguen con el nombre de puras. Convi fijar el sentido jurídico de esta calificación.

Es muy corriente contraponer los términos puro y condicional, como si el primero fuese sólo una negación del segundo, y viceversa. Así se encuentran distinguidas frecuentemente las instituciones de heredero en dos grupos: puras y bajo condición. El Código civil mismo se somete á la costumbre cuándo por epígrafe de la sección primera, capítulo II, título I, libro IV, se expresa en esta forma: «De las obligaciones puras y condicionales.» Del mismo modo se expresaban también las *Instituciones* de Justiniano cuando en el § *IX* del *título XIV* del *libro II*, decían: «*haeres et pure et sub conditione institui potest.*»

Se sabe, sin embargo, que no es la condición, ni en estas leyes ni en las doctrinas de los autores, el término único antitético de la pureza. La clasificación adoptada en las escuelas, de las diferentes formas de la institución de heredero, comprende cuatro grupos: pura, condicional, desde cierto dia, y hasta cierto dia. A este resultado conduce también, de algún modo, el epígrafe de la sección que empezamos ahora á examinar, donde se agrupan las instituciones condicionales y á término, como formas especiales y excepcionales ambas. El término señalado á las instituciones de heredero, *ex certo tempore aut ad certum tempus*, implica también, como la condición, un género de impureza.

A primera vista, por la significación del adjetivo puro en el lenguaje común, se deberia considerar como pureza de la institución hereditaria la ausencia de todo elemento no necesario para ordenarla. Se dice puro un metal, un color, un sonido, cuando aparecen limpios de toda combinación, rigorosamente ajustados á la perfección relativa de su tipo. Toda concurrencia de un elemento extraño, mejore ó empeore su valor, su aspecto, su dulzura, etc., constituye una impureza. La veta de oro impurifica al cuarzo. Acaso por esta consideración, algunos autores modernos contraponen á la institución de heredero pura todas las que de algún modo la modifican, colocando entre estas modificaciones la condición, el término, la causa, el modo y la cláusula penal.

A nuestro juicio, de estos cinco géneros de modificaciones, o la condición y el término hacen impuro el nombramiento :editario. En cuanto á la causa, hemos visto en el art. 767 que ɔ considera como no escrita, ó vicia y anula en su origen la tución. Del modo y de la cláusula penal veremos en el co-

mentario del 797, lo mismo que de la expresión del objeto del nombramiento hereditario, que constituyen en todo caso obligaciones del heredero una vez aceptada la herencia, sin que dependa de ellas el más ó el menos de la institución. Sólo la condición y el término modifican la institución hereditaria en sí misma, con fuerza suficiente para reducir ó negar la eficacia de una institución válidamente concebida.

La pureza no es en el tecnicismo jurídico, como en el lenguaje general, la falta de combinaciones con elementos extraños. Es menester, en primer término, que estos elementos, para que signifiquen impureza, concurran con una institución esencialmente válida, y por el solo tiempo en que la eficacia de la misma está pendiente; elementos anteriores, como la causa, ó posteriores, como la cláusula penal, que no hacen directa referencia á la eficacia de la institución, no quitan ni ponen en su cualidad de pura. Es menester, por otra parte, que estos elementos impliquen una limitación ó restricción. Lo que ni limita ni restringe ni modifica los efectos del nombramiento de heredero ó de legatario, como, por ejemplo, una manifestación del testador acerca del placer con que los designa, ó del deseo de que se realicen determinados actos de su parte, no puede estimarse contrario á la pureza de la institución.

Es de advertir, por último, que no á todos los institutos jurídicos se aplican los calificativos de puros ó impuros. La integridad de un derecho familiar cualquiera, como el del padre sobre su hijo; la del derecho de dominio, la del de recibir bienes en legítima, no se califican con el adjetivo puro. Se emplean entonces generalmente las frases pleno y menos pleno, aquélla para determinar el máximum de integridad, ésta para calificar las disminuciones del derecho. Se dice puras únicamente de las donaciones, de las instituciones hereditarias y de las obligaciones.

Queda así indicado implícitamente que la institución pura es aquella que surte efecto desde luego y de una manera definitiva. Veamos ahora en lo que consiste la condición, y de paso en lo que se diferencia del término, al que se refiere directamente el art. 805.

* * *

Definición práctica de la condición.—Definían los romanistas esta palabra diciendo: «*adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aut fieri volumus suspenditur.*» «Adición por la que se suspende hasta un suceso futuro lo que queremos dar ó hacer.»

La *Partida 6.ª, tit. IV, ley 1.ª* se expresaba así: «*Condicion es una manera de palabra que suelen los fazedores de los testamentos poner ó dezir en los establecimientos de los herederos que les aluenga la pro de la herencia ó de la manda fasta que aquella condicion sea cumplida.*»

«Condición, dicen los autores modernos, es una circunstancia cuyo evento es incierto y de cuya realización depende unas veces la existencia y otras la desaparición del derecho.»

Para el art. 1.113 del Código, condición es un suceso futuro ó incierto, ó un suceso pasado que el interesado ignore, de los cuales depende el cumplimiento ó la extinción de la obligación.

Fijando los requisitos propios de la condición como consecuencia de estas definiciones, los autores convienen en que ha de ser un hecho posible, incierto y futuro, y en que han de depender de él el nacimiento ó la muerte del derecho.

Hecho.—En todas las definiciones de la condición entra esta palabra. Cuando no se dice «*hecho*», se dice, por lo menos, suceso, acontecimiento, circunstancia. Se hace, pues, referencia á una realización material de determinado pensamiento, á una efectividad práctica. Esto nos obliga á detenernos ligeramente en el problema de si constituyen ó no una verdadera condición, además del acontecimiento ó circunstancia, la indicación de un día y la fijación de un término.

Desde que, por las causas que explicaremos más adelante, los romanos dividieron el término en cierto y en incierto, se tuvo ya al segundo como una verdadera condición. ***Dies incertus appelatur conditio***, decía Ulpiano.

Llámanse términos ó hechos ciertos los que se sabe cuándo sucederán, ó, por lo menos, que han de suceder. Inciertos son, por el contrario, aquellos en que uno de estos extremos es dudoso. Una famosa clasificación de las escuelas reduce á cuatro grupos todas las combinaciones de estos casos:

1.° *Hechos ciertos del sí* (esto es, que con seguridad han de suceder), *y ciertos del cuándo* (esto es, que se sabe en la época en que ocurrirán).

2.° *Ciertos del sí, é inciertos del cuándo* (que se sabe que han de ocurrir, pero no en qué época).

3.° *Ciertos del cuándo, é inciertos del sí* (que se ignora si ocurrirán, pero se conoce, en caso afirmativo, la época).

4.° *Inciertos del sí, é inciertos del cuándo* (que no se sabe, ni si se realizarán, ni en qué fecha).

Ejemplo de los primeros: «el día en que se verifique el primer eclipse de sol, visible en España.» Este es un hecho que ha de suceder, y que se sabe cuándo sucederá, porque los conocimientos científicos permiten su matemática predeterminación.

Ejemplo de los segundos: «el fallecimiento de tal persona.» Se sabe que ocurrirá, pero es imposible predecir el cuándo.

Ejemplo de los terceros: «la mayor edad.» No se sabe si llegará á ella el que aún no la tiene, pero se sabe el día fijo en que podría llegar.

Ejemplo de los últimos: «la revisión del Código civil.» No puede averiguarse si se realizará, ni en qué época.

Aplicando ahora al término y al señalamiento de día esta clasificación, nos encontramos ya considerados como condiciones, desde el derecho romano, todos los tres grupos en que el día ó el término son inciertos. Se hacía solamente una distinción, en cuanto á los términos ciertos del sí é inciertos del cuándo, aplicados á los mismos herederos. «Sea heredero Ticio el día en que muera Sempronio», era una disposición condicional válida. En cambio, «sea Ticio heredero cuando se muera», era una cláusula que se tenía por no escrita en la parte condicional, sin duda alguna por la razón de ser una condición imposible de hecho.

También era válido, según la ley 1.ª, *Dig.*: *de condit.*, este legado: «que dé diez á Ticio cuando muera»; porque aquí la condición se refiere á Ticio, que puede morir después del heredero y recibir, por lo tanto, el legado. Pero es claro que en todos estos ejemplos los romanos se referían solamente á la muerte, y que cualquier otro hecho, cierto del sí é incierto del cuándo, podría y debería ser señalado como condición al propio heredero. Ejemplo: «cuando beba agua después de mi muerte.»

Resulta, pues, que el día ó el término ciertos del sí y cuándo, como, por ejemplo: «la próxima Pascua de Pentecosté «el año primero después de mi muerte», no constituyen verd deras condiciones. Sólo los términos inciertos en alguna m

nera merecen este calificativo, debiendo, aun así, tenerse en cuenta que, para atribuirles la incertidumbre, han de relacionarse directamente con algún hecho por venir. Expresarse en esta forma: «el día que fallezca Sempronio», ó en esta otra: «un año después del casamiento de Ticio», es aludir á un hecho antes que á un término ó un día. De aquí que, aun sin considerar como hecho la simple sucesión de estados que forman la idea del tiempo, puede considerarse filosóficamente que sólo el hecho determina la noción jurídica de la condición.

Futuros.—«*Si tamen in praeteritum collata sit conditio, vel ad praesens, non videtur sub conditione institutus: aut enim impleta est conditio, et pure institutus; aut non est, et nec haeres institutus est.*» (*Ley 3.ª, § 13, Dig., de bon. lib.*) «Si la condición se refiere á tiempo pretérito ó presente, no se considera condicional la institución porque, ó ya está cumplida y el instituído lo ha sido puramente, ó no puede serlo, en cuyo caso no hay heredero instituído.»

Esta doctrina pasó á las Partidas íntegramente, viniendo á condensarse en la *6.ª, tít. IV, ley 2.ª* en la siguiente forma: «*Pero tal condicion como esta que se faze por palabras del tiempo passado o del presente non es llamada propiamente condicion, porque aquella cosa en que la ponen non es dubda. Ca o es verdadera o non, como quier que es dubdosa a aquel que la pone porque non sabe si es assi o non. Mas aquella es condicion propiamente que se faze por palabras del tiempo que es por venir, porque es dubdosa si se cumplira o non.*»

Pero sin negar que hay cierta impropiedad en considerar como condiciones hechos ya sucedidos, ha de admitirse, no sólo que tienen figura y concepto de tales, sino que verdaderamente lo son, cuando los hechos que las determinan eran desconocidos para el testador. En este sentido, el Código se expresa con acierto en el art. 1.113, al definir la condición como suceso futuro ó incierto y además «*como suceso pasado que los interesados ignoren*». Del mismo modo, aquellos hechos ya realizados al tiempo de abrirse la sucesión, pero que no lo estaban al otorgarse el testamento, disfrutan de todos los verdaderos caracteres de las condiciones; y en ciertos casos también algunos ocurridos antes, como veremos en el art. 796.

Se dice, incurriendo en evidentísima petición de principio,

que un hecho pasado ó presente no es condición, por consistir ésta solamente en acontecimientos futuros é inciertos. Por otra parte, no se observa que en definitiva el resultado es el mismo, considerada ó no como condición la circunstancia á que el testador aludía; que todo se reduce á un puro juego de palabras y que ningún inconveniente ofrece, en todo caso, teórico ni práctico, la consideración de tales hechos como condiciones. Realizado el suceso de que se hacía depender la institución hereditaria, el instituído entra á la herencia desde luego; desaparecida, por el contrario, la posibilidad de su realización, la institución se viene á tierra. ¿Á qué pensar que en el primer caso la institución se considera pura y nula en el segundo, tratando de desentenderse de la condición impuesta por el testador, si al fin y al cabo esa pureza y esa nulidad se hacen depender unánimemente, de un modo exclusivo, de la realización del hecho, y, por lo tanto, del cumplimiento más ó menos prematuro de la condición?

Posibles.—Manifiestan también los autores que el hecho constitutivo de la condición ha de ser posible. No podemos adelantar ideas sobre esta imposibilidad de las condiciones, á la que determinadamente se refiere el art. 792; pero desde luego es necesario observar que los referidos autores, al lado de tan categórica afirmación de su principio, disertan más ó menos extensamente sobre condiciones imposibles; esto es, constituídas por hechos imposibles. Luego no son sólo condiciones las en que los hechos pueden suceder, sino que, por el contrario, lo son todas, con posibilidad ó sin ella, sin que esta circunstancia implique diferencia, no siendo en cuanto á los efectos legales de la condición impuesta. Se incurre con esta creencia en confusión notoria de la esencia con los accidentes, análoga á la que se cometería queriendo hacer pasar como carácter de la condición su transmisibilidad ó no transmisibilidad á los herederos propios del instituído.

Inciertos.—Hemos determinado en qué consiste la incertidumbre de los hechos que constituyen la condición y las especies y combinaciones de esta incertidumbre, refiriéndonos al señalamiento de un día ó de un término en que empezar ó cesar el efecto de la institución de heredero. Los términos ciertos del *si* y del *cuándo*, que deben transcurrir por necesidad y en tiempo

conocido de antemano, se escapan de la esfera de las condiciones y forman grupo aparte en otra modalidad de la institución hereditaria: la que se llama «*á término y desde ó hasta cierto día*», de que se ocupa el Código en el art. 805.

De la misma manera, entienden los tratadistas, aunque sin explicación de este criterio, que no pueden estimarse como condiciones los hechos ciertos del sí y del cuándo. Se da desde luego la incertidumbre por carácter esencial en toda condición y se excluye los hechos que carecen de ella, y en un ejemplo análogo al que antes hemos puesto de estos hechos, v. gr.: «sea mi heredero Pérez, á condición de que haya un eclipse de sol visible en la Península», se cree que, siendo éste un acontecimiento que necesariamente ha de ocurrir, y á fecha fija, no tiene carácter de condición. Importa muchísimo que precisemos los términos de este asunto, porque de considerarse que existe condición (naturalmente, suspensiva), el heredero sometido á ella no podrá transmitir derecho alguno á sus sucesores en el caso de fallecer antes de la realización del eclipse.

No ocurre sólo esta dificultad en cuanto á los hechos ciertos del sí y del cuándo, sino también en los ciertos del sí é inciertos del cuándo. Viso sostiene que estos hechos que necesariamente han de suceder, como si se dijese: «nombro mi heredero á Pedro si se muriera», no son propiamente condiciones, y que la institución produce efecto desde luego, entrando el heredero en la herencia al fallecer el testador.

Toma fundamento Viso en la *ley 8.ª, tít. IV, Partida 6.ª*, la cual establece, en efecto, que hay condiciones casuales de tal naturaleza que, aun siendo puestas, no impiden el establecimiento del heredero, como, por ejemplo: «hago heredero á fulano si muriese ó si saliese claro el sol.» «*Esto es por razon que tales condiciones como estas tan sin dubdas son é tan ciertas que en todas guisas son. E por ende luego que son puestas vale el establescimiento del heredero é non se embarga ni se aluenga por ellas.*»

Es de advertir que en todo caso habría de considerarse de distinta manera el hecho, según que el testador se hubiera referido al mismo en sí ó al término de su realización. Aquí podrá presentarse muchas veces una dificultad de hecho que corresponderá resolver á los Tribunales, atendiendo á la expresión gra-

matical del testador y á todos los demás medios de prueba propios del caso. Demostrado que en la intención del testador el heredero no habría de serlo mientras el sol no saliese claro ó mientras no ocurriese el eclipse, es de todo punto indudable que la institución no tendría efecto desde luego; y que, falleciendo el instituído antes de ocurrir el acontecimiento (una vez abierta la sucesión), sus sucesores no entrarían á la herencia.

Pero, á nuestro juicio, no hay diferencia esencial ninguna entre estas condiciones casuales y todas las demás del mismo género, en cuanto á la necesidad de su realización en vida del heredero, aun habiéndose expresado el testador con referencia al hecho en sí; y que la diferencia marcada por la ley de Partidas, dependiente de un modo exclusivo de que el testador hubiera ó no señalado plazo á la condición, carece de sólidos fundamentos.

Hemos de dejar aparte el ejemplo en que se refiere la institución hereditaria al hecho de la muerte del heredero; este ejemplo es confuso y aleja de la pista. Semejante condición debe tenerse por no puesta, con independencia de su certidumbre, por la razón de ser imposible de hecho, y en cierto modo, por ambigüedad.

Pero cuando el testador habló del eclipse ó de la refulgencia del sol, ni se expresaba en forma ambigua, ni se refería á ningún hecho imposible. Establecía una condición, realizable en mayor ó menor plazo, pero de la que hacía depender la institución hereditaria.

De haberse dicho «si hay un eclipse en el término de dos años», entienden las Partidas que existiría una institución condicional, suspendiéndose por esos dos años el derecho del heredero. Por consecuencia lógica de este mismo principio, se debió creer que á falta de determinación de este plazo por el testador, procedería esperar durante toda la vida del heredero, lo mismo que en una condición casual no necesaria, como ésta: «si presenciasen un terremoto en Madrid.»

Dícese que siendo segura, necesaria, la realización del acontecimiento, no hay por qué esperar á que se realice. Así podría pensarse, cuando mucho, si el testador expresamente hubiera aludido al hecho, alejando toda idea de duración; pero cuando calló sobre el término, ó se supone indebidamente que no quiso decir nada, ó ha de admitirse que quiso hacer depender la

tividad del nombramiento de heredero de la realización del hecho en vida de éste. Esta es, al fin y al cabo, la doctrina del artículo 759, según el cual, sólo se espera el cumplimiento de la condición durante la vida del heredero.

En conclusión: á nuestro juicio, no altera la esencia de las condiciones la certeza total ó parcial del acontecimiento señalado por el testador. Sin embargo, la respetabilidad que se debe á las canas de la doctrina, la circunstancia de haberse cedido á ella en el art. 1.113 del Código al definir la condición como suceso incierto, hácennos creer que, contra estas consideraciones teóricas, podrá prevalecer en la práctica la poco meditada opinión de los jurisconsultos y de los legisladores antiguos.

¿Expresos?—Ningún autor se ocupa en estudiar la necesidad de ser expresadas por el testador las condiciones de la institución.

Ya distinguian los romanos, como distinguieron las Partidas, las condiciones, en sus distintas formas de expresas y tácitas. Son tácitas, dice Vinnio, las que no se expresan, pero se sobreentienden; lo cual ocurre, ó por la misma naturaleza de la cosa legada, ó por poder y necesidad de derecho. «*Que es de tal natura,* dicen las Partidas, *que magüer non sea puesta señaladamente entiendese de derecho.*» Se ponia por ejemplo de estas condiciones primeramente el legado de los frutos de una heredad, los cuales van implícitamente comprendidos en la heredad misma; y después, la sustitución vulgar recíproca de dos hijos, en la que iba envuelta para el sustituto la condición de carecer de descendientes el hermano premuerto.

Se ve fácilmente que las consistentes en la naturaleza de la cosa no son verdaderas condiciones, ni su eficacia depende de ser tales, sino del principio de derecho de que lo accesorio sigue siempre á lo principal. Menos todavía ha de llamarse condiciones, en el sentido de limitaciones impuestas por el testador, á las que no dependen poco ni mucho de la voluntad de éste, sino de disposiciones directas de la ley.

La importancia de la clasificación de las condiciones en expresas y tácitas no ha perdido, sin embargo, su importancia, un demostrada la poca consistencia científica de los antiguos catadistas en este asunto. Es indudable que no todas las condiciones son expresas, ni necesitan serlo, para producir efecto de

tales. Una condición puede llevar otra ú otras muchas ocultas dentro de sí; ésta, por ejemplo: «*si se casa con María*», supone muchísimos actos intermedios que pueden reputarse como condiciones. Mas ha de resultar siempre que, de una manera expresa ó callada, las condiciones se hallen establecidas por el testador y deriven de su propia voluntad. En este sentido, podemos afirmar que toda condición ha de ser establecida en testamento.

Definiremos, por último, la condición, después de este examen de sus caracteres, diciendo que es un hecho del que el testador, directa ó indirectamente, hace depender el nacimiento ó la extinción del derecho del heredero.

***

Concepto filosófico de la condición.—Es unánime en los autores hacer consistir la condición en el hecho incierto de que dependen la institución de heredero ó el nombramiento de legatario. Pero el hecho en sí mismo disfruta de existencia propia y vida independiente, con absoluta separación de la condición á que se agrega. La salida del sol, la producción de un eclipse, el matrimonio de una persona, en los ejemplos de condiciones que hemos puesto, son hechos que por sí mismos carecen de toda eficacia para crear ó para extinguir derechos sucesorios.

Tampoco decide el problema la consideración de las condiciones como modalidades de la institución ó legado. Que se trata de una modalidad, de una determinada forma de ellos, es indudable de todo punto; pero el problema está precisamente en la manera de concebir esta modalidad particular, y en deslindar el campo que le corresponde dentro del derecho.

No se podría concebir como una obligación impuesta al heredero ó legatario sin confundir la condición con el gravamen. Además, hay un grupo de condiciones, el de las llamadas casuales, que no sujetan al instituído á dar ni hacer ninguna cosa, sino que le reducen á una actitud enteramente pasiva. En el amplio sentido gramatical de la palabra *obligación*, podría considerarse como tal la del heredero, reducido á la necesidad de esperar realización del acontecimiento incierto. Pero esto no constituye jurídicamente una obligación.

Mejor podría considerársela como limitación ó restricción del derecho hereditario; pero, en realidad, tampoco se limita ni se restringe, ni se modifica con ella este derecho. O nace íntegramente, ó íntegramente desaparece por la condición; pero en ningún momento existe modificado ni disminuído.

Indican los autores la suspensión ó el *alongamiento* del derecho hereditario como carácter distintivo de la condición. Este punto de vista peca de evidentemente parcial por referirse sólo á las condiciones suspensivas, dejando de todo punto fuera á las resolutorias. Por otra parte, la suspensión del derecho es, en su caso, un efecto de la condición, pero no es, ni puede ser, la condición misma.

Con relación al testador, la condición es una manifestación de su voluntad y, en cierto modo, una disposición del testamento. Ya que no una limitación del derecho del heredero, la condición podría estimarse como limitación del nombramiento de éste, algo así como una determinación especial, voluntaria en el testador, de requisitos y obligaciones en el favorecido con la herencia. Pero si por aquí se llegaría á una noción que distinguiese á la condición del gravamen, no sería posible distinguirla del señalamiento de término, en que la situación del testador y la del heredero son á ese efecto iguales que en las condiciones.

Descartados todos estos puntos de vista, volvemos á buscar el hecho para formar con él la característica de la condición. No es el hecho en sí quien la constituye; no es tampoco ninguna limitación ó modificación del derecho hereditario; es solamente un término de relación entre el hecho y el derecho. Esta relación es de dependencia; en tanto existe el derecho, en cuanto el hecho se realiza. En el gravamen, por ejemplo, la institución es punto principal y primordial de que depende aquél. En la condición, por el contrario, el derecho del heredero es posterior y accesorio, que vive en sujeción constante al hecho señalado por el testador.

La condición, en consecuencia, separada de la personalidad del testador y del heredero, es decir, considerada en sí misma, puede y debe concebirse como una dependencia del derecho del heredero ó legatario respecto de un hecho directa ó indirectamente señalado por el testador.

* * *

Clasificación y efectos de las condiciones.—Los tratadistas anteriores al Código dividían las condiciones, principalmente, en los siguientes siete grupos: expresas y tácitas; posibles é imposibles; suspensivas y resolutorias; potestativas, casuales y mixtas; afirmativas y negativas; conjuntivas y disyuntivas, y divisibles é indivisibles.

Dejamos ya indicado el verdadero valor de la primera de estas divisiones, en *expresas* y *tácitas,* determinando lo que se puede entender por condiciones tácitas en rigor de derecho. Los efectos de estas condiciones son iguales cuando se determinan expresa que tácitamente, careciendo de objeto el sostenimiento de la clasificación.

Divisibles é indivisibles. Son condiciones indivisibles (individuas, dice Vinnio) las que contienen un hecho ó una prestación que no se puede dividir, como construir un monumento, entregar un caballo, etc. Son divisibles, por el contrario, las en que el hecho ó la prestación puede dividirse. Distinguían los tratadistas, para determinar los efectos de estas condiciones, el caso de haberse impuesto á un solo heredero y el de ser dos ó más los obligados á cumplirla. Tratándose de un solo heredero, la condición habrá de cumplirse enteramente, fuese divisible ó indivisible; por manera que, como expresaba el *Digesto, ley 56, quando dies leg. ced.*, aquel á quien se legó una heredad con la condición de entregar diez, no conseguiría recibir la mitad del legado entregando cinco. Cuando los herederos eran dos ó más y la condición divisible, cada uno podía recibir su parte de herencia cumpliendo la respectiva parte de condición, según la misma ley del Digesto. Siendo los herederos varios y la condición indivisible, todos quedan obligados á su cumplimiento, perdiendo, por lo tanto, su parte de herencia aquel que no contribuyera al necesario cumplimiento íntegro de la condición.

Entendemos que estas conclusiones se hallan ajustadas á una rigurosa justicia y á un concepto exacto de la naturaleza de la condición, y las consideramos aplicables enteramente después de publicado el Código. Es de extrañar, de todas maneras, que éste ni los demás Códigos extranjeros hayan dedicado un artículo á asunto de tanta importancia y de práctica tan frecuente en el que, no por ser unánimes las doctrinas y evidentes los mo

tivos que las informan, deja de correrse el riesgo de discusiones y litigios.

Conjuntas y alternativas.—Son conjuntas las que se imponen al heredero con independencia entre sí, y, por lo tanto, con obligación de atender al cumplimiento de todas; mientras que en las alternativas, como de su mismo nombre se desprende, basta el cumplimiento de una sola. Ponían las Partidas por ejemplo de las conjuntas *(ayuntadas)* el siguiente: «*establezco á fulano por mio heredero si ficiere tal eglesia o tal ospital, e diere tantos marauedis a pobres.*» De las segundas *(departidas)* ponían este otro: «*establezco por mio heredero a fulano si diere cient marauedis por mi anima o si fiziesse tal eglesia o tal monasterio. «El departimiento de estas condiciones,* añaden, *se faze por esta palabra: o.»* (*Partida 6.ª, tít. IV, ley 13*). La poca importancia de esta clasificación y su absoluta falta de valor jurídico saltan á la vista.

Todas las demás clasificaciones tienen aplicación al comentario de otros artículos del Código, referentes á las instituciones condicionales. La de *posibles é imposibles* corresponde al artículo 792; la de *potestativas, casuales* y *mixtas* al 795 y al 796; la de *suspensivas* y *resolutorias* al 799, y la de *afirmativas* y *negativas* al 800. A su respectivo sitio, por consecuencia, reservamos el estudio de los caracteres y efectos de cada una.

* * *

Varias cuestiones sobre la condición en general.—1.ª *Imposición de condiciones á los herederos forzosos.*—Respecto de los bienes de legítima no hay cuestión, ni nunca la ha habido, porque la *ley 11, tít. IV, Part. 6.ª* dispuso ya que el hijo recibiera su legítima «*libremente e sin ningun agravamiento e sin ninguna condicion*». La cuestión estaba en los bienes de mejora. Muchos autores entendían que sobre estos bienes podían imponerse condiciones, fundándose en su naturaleza y en lo dispuesto por la citada *ley 11*, según la cual, el padre podía gravar los bienes que mandara al hijo «*en más de su parte legítima*», con cualquiera de las condiciones que estuviese en su mano cumplir, aunque no con las casuales y las mixtas. Cualquiera que sea la interpretación exacta de esta ley, que determinaba

mente no habla de bienes de mejora, la dificultad ha desaparecido por completo con la publicación del Código, en cuyo art. 824 se ordena que no se impongan sobre la mejora otros gravámenes que los establecidos en favor de los legitimarios ó sus descendientes. No puede, pues, la mejora ser sometida á condición, sino en tanto que resulte favorable á los demás legitimarios; porque de otro modo se daría al padre implícitamente la facultad de cambiar el destino de bienes pertenecientes á la parte legítima.

2.ª *¿Se entenderá repetida en una disposición la condición impuesta en otra distinta?*—Es claro que si se trata de dos disposiciones á favor de dos distintas personas, la condición impuesta á la una no puede obligar á la otra. Hemos de ponernos sólo en el caso de dos disposiciones á favor de una misma persona, bien sea dentro de un solo testamento ó bien en dos, y en el de unos mismos bienes á que sucesivamente estén llamados dos ó más individuos.

Respecto de este último caso, el Digesto establecía ya que caducando un legado condicional por cualquiera causa, la persona en que debiera recaer después quedaba sometida igualmente al cumplimiento de la condición. Pero indudablemente se necesita distinguir. Si el segundo heredero ó segundo legatario fué nombrado por el testador en concepto de sustituto del primero, no cabe duda de que le son aplicables las condiciones impuestas á éste, salvo las que sean personalísimas, porque así lo dispone el art. 780 del Código de una manera terminante. Pero el caso es distinto cuando ese segundo heredero entra por sucesión *ab-intestato*, en defecto del primero, por virtud de lo que se dispone en el párrafo segundo del art. 764 del Código. Entonces es necesario distinguir entre los gravámenes y las condiciones. El gravamen, que constituye una manda ó un deseo del testador con cargo á los bienes de la disposición testamentaria, deberá en todo caso subsistir, puesto que también en el artículo 761 se establece que, en caso de ineficacia de la institución, se cumplan las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes; pero la condición es una simple modalidad de la institución que no favorece generalmente á un tercero ni grava de una manera directa los bienes, siendo indudable que caduca al mismo tiempo que el derecho del heredero. En otro

caso, resultaría que el heredero *ab-intestato*, el que entra á los bienes por exclusivo imperio de la ley, con absoluta independencia de la voluntad del testador, sufría la sumisión á los mandatos de éste, convirtiéndose en una mezcla extraña y antijurídica de heredero legítimo y testamentario. Por otra parte, si la condición casual impuesta á un heredero, como, por ejemplo, «si se presentara un cometa durante el año próximo», se transmitiese, á falta del heredero testamentario, á los de la sucesión legítima, sucedería, en la hipótesis de no realizarse la condición, que nadie podría ser heredero, ni aun el Estado; produciéndose entonces una situación de todo punto antijurídica.

En el otro caso propuesto, de haber en un testamento, ó en dos, varias disposiciones á favor de la misma persona, unas en cláusula condicional y otras establecidas puramente, consideraba ya el Digesto que habría de atenderse á la intención del testador. Entienden asimismo los tratadistas que cuando las disposiciones no condicionales se hallen unidas íntimamente á las otras en la voluntad del testador, como si después de haber éste dicho en una parte: «*hago heredero á Martínez de un tercio de mi herencia, con la condición de que se case con María*», dijera en otro lugar: «*dejo también á Martínez la casa donde vivo*», habría entre estas dos disposiciones relación bastante para suponer que el legado corría la misma suerte que la herencia en el pensamiento del testador. Esta es, pues, una cuestión de hecho, que decidirán los Tribunales en cada caso como corresponda, según la mayor ó menor correlación de las disposiciones condicionales y de las no condicionales.

3.ª *Si la misma disposición se ha hecho dos ó más veces, en uno ó varios testamentos.* – Expresando condición una vez y otra no, ¿se entenderá la disposición condicional? Estudian también esta cuestión algunos tratadistas, resolviendo de plano que debe preferirse la ordenada sin condición, porque en caso de duda se ha de ampliar lo favorable. Pero para llegar á este resultado se deja de tener en cuenta que muchas circunstancias de hecho y hasta algún principio de derecho pueden obligar á la creencia de ser otra la voluntad del testador. Supongamos un testamento en que se nombró heredero á Martínez sin condición el año 1895, y otro del año 1896 en que se le vuelve á nombrar bajo condición. ¿Qué duda tiene que en este caso la institución segunda es

una modificación de la primera, responde á una situación de ánimo distinta en el testador y hace obligatorio el cumplimiento de la condición? Aun siendo un mismo testamento el que contenga las dos disposiciones en cuestión, parece, en general, que la expresada bajo condición, por determinar más y ser más precisa que la otra, debe derogarla, aplicando la regla de derecho «*in toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est*». (En todo el derecho, el género se deroga por la especie, y se tiene por más poderoso lo que se dirige á ésta.) Habrá aquí, cuando menos, una cuestión de hecho, como en la dificultad anterior, y quedará á cargo de los Tribunales la resolución de cada caso, interpretando siempre las palabras, como dispone el art. 675, del modo más conforme con la voluntad del testador.

4.ª *Anuncio de la condición.*—Puede ocurrir que el testador instituya heredero á un individuo sometiéndole á la condición que se dirá en el mismo testamento ó en otro posterior, y que después la condición no se exprese en ninguna parte. Esta cuestión está también estudiada por los comentaristas, y tiene su punto de partida legal en el *Corpus iuris*, donde se la resolvió de dos maneras: una en la *ley 8.ª, Cod. de inst., VI, 25*, y otra en la *ley 9.ª*, § *5.º, Dig. de haered. inst.* En la primera se declara válida la institución, y se tiene la condición por no escrita; en la segunda, por el contrario, se considera como imperfecta é ineficaz la institución del heredero.

Tampoco los modernos jurisconsultos están de acuerdo completamente sobre esta cuestión, pues mientras unos siguen opinando que la institución quedó imperfecta por el olvido ó por la imposibilidad de redactar la cláusula condicional, combaten otros muchos este criterio, estimando que el principal propósito del testador fué la institución de heredero, de la que la condición es un accesorio, y que, en la duda de si la no declaración del hecho condicional se debió á olvido ó á cambio de voluntad, debe la institución tenerse por válida.

Bien examinado el problema, ninguno de los argumentos de estos últimos autores tiene la fuerza suficiente para llevar convicción al entendimiento. Es falso de toda evidencia que condición sea un accesorio, como lo son el modo y la cláus penal (art. 797), porque del estudio de los caracteres de la c

dición resulta, por el contrario, que ella es lo principal y la institución lo accesorio, en cuanto á su importancia y á su valor jurídico, por depender ésta de aquélla en absoluto. Tampoco es científica la duda de si se debió á olvido ó á cambio de propósito la no determinación de la condición; porque los cambios de propósito en materia de testamentos no se presumen, sino que necesitan demostrarse.

La conclusión, sin embargo, es, á nuestro juicio, exacta, y se impondría, en ausencia de otras razones, por la muy poderosa de que, adornada la institución de heredero de todos los requisitos necesarios para la validez, y dependiente sólo de haber de ser cumplida la condición que se pensaba imponer al heredero, faltando la posibilidad de conocer si éste quiso y pudo cumplirla, falta también la de considerarlo decaído de su derecho por incumplimiento de la condición. De todos modos, como anunciar una condición y no expresarla, equivale exactamente á expresar una cuyo cumplimiento de hecho sea imposible, porque en ambos casos la situación del heredero y la razón de la ley son las mismas, entendemos resueltamente que el anuncio de la condición debe considerarse como no escrito, con aplicación de lo dispuesto en el art. 792 del Código.

5.ª *Establecimiento de la condición fuera de testamento.*— Esta cuestión, que no hemos visto indicada, surge naturalmente de la que acabamos de estudiar. Si el testador instituye heredero á un individuo y remite para un documento aparte el establecimiento de la condición á que ha de someterse, ¿necesitará este documento revestir la forma y requisitos del testamento ológrafo, como dispone en términos generales el art. 672?

Parece que la condición no es propiamente disposición testamentaria, ni institución, ni legado; y bien se podría sostener por esto mismo que no debe hallarse sometida á las formalidades de los testamentos, siempre que en uno de éstos, válidamente ordenado, se haya hecho referencia al documento de otra clase en que se la establece.

Pero, sin embargo de no ser una disposición testamentaria, algo que forma parte integrante de ella; y establecido el rigoroso principio del art. 672, cuyo alcance se extiende á todo lo que por su naturaleza afecta á la última voluntad del testador y debe tener eficacia después de la muerte del mismo, no

cabe considerar obligatoria la condición fijada fuera de testamento.

6.ª *Condición en los legados de deuda y remuneratorios.*—Tomando de los remuneratorios aquellos solamente que forman una remuneración necesaria, exigible en todo caso al testador, se nos presenta la duda de si sobre estas mandas de lo que se debe al legatario, cabrá imponer condiciones. A primera vista, es fácil decidirse por la negativa, puesto que teniendo el legatario derecho á la cosa legada, sin necesidad de indicación del testador, no es admisible que se empeore su derecho, sometiéndole á condiciones de ninguna clase. Sin embargo, como las consecuencias del legado son distintas y más beneficiosas que las del simple crédito existente á favor del legatario, no produce escrúpulo el sometimiento de éste á condiciones, sin perjuicio naturalmente de que, de no convenirle su cumplimiento, renuncie el legado y opte por la reclamación del crédito.

* * *

La condición en las obligaciones.—Indica el art. 791 que en lo que no esté prevenido en esta sección, las condiciones impuestas á los herederos y legatarios se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales en los artículos 1.113 á 1.124 del Código.

Atentamente comparadas las disposiciones de esta sección con las de aquélla, sólo se encuentran diferencias ligerísimas de que quepa hacer aplicación á la materia de testamentos, y no corrigiendo, sino ampliando lo establecido para los mismos.

Así, por ejemplo, se determina en el art. 1.116 que la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta, lo cual es una confirmación del precepto del art. 792. En el 1.120 se declara que, en la obligación condicional de dar, sus efectos, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla, lo que en el derecho hereditario se relaciona directamente con el principio sentado en el art. 657, de que los derechos á la sucesión de una persona se consideran transmitidos desde el momento de su muerte. Según el 1.121, el acreedor puede antes del cumplimiento de la condición ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho. Es también una determinación comprendida en la del art. 801.

Existen novedades en la materia de obligaciones por lo que se refiere á los efectos de la condición suspensiva y de la resolutoria; pero novedades que, como veremos en su sitio, dependen de la diferente naturaleza de estas condiciones en el testamento y en el contrato. Difícilmente, en resumen, podrá tener aplicación ninguno de los preceptos de las obligaciones condicionales á la institución bajo condición ó á término, de que se ocupa esta sección.

ART. 792. Las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no puestas, y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa.

Concordancias.—Igual al art. 709 del proyecto de 1851 y al 879 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 3.ª, tit. IV, Partida 6.ª* Las condiciones que ponen los omes en establescer los herederos por palabras del tiempo que es por venir, atales y a dellas que non pueden ser, porque son embargadas de natura. E esto seria como si dixesse el fazedor del testamento á algund ome: Fágote mi heredero si alcançares al cielo con la mano. Ca por tal condicion como esta non se embarga el establescimiento del heredero, como quier que la condicion non se puede cumplir, ante dezimos que valdria tambien como si no fuesse y puesta. E esto mesmo seria en todas las mandas que fiziesse el testador en que fuessen puestas atales condiciones ó otras semejantes dellas. Otrosí dezimos que las condiciones que son imposibles de derecho, quando son puestas en los establescimientos de los herederos ó en las otras mandas que non embargan á los herederos, maguer non se cumplan. E esto seria como si dixesse el testador á algun ome: Establèzcote por mio heredero si non sacares á tu padre de captiuo ó si non le dieres que coma. Ca tal establescimiento como este non vale, de manera que maguer non fuesse guardada la condicion, aura el heredero la herencia, é otrosí la manda que le fuesse assi dexada. E generalmente son llamadas

impossibles, segund derecho, todas las condiciones que son contra honestad de aquel á quien son puestas, é contra buenas costumbres, ó contra obras de piedad, ó contra derecho natural.

Ley 4.ª, tit. IV, Partida 6.ª—Imposibles son llamadas de fecho algunas condiciones que los omes ponen á las vegadas en establescer á los herederos. E esto seria como si dixesse el testador en el testamento: Establezco por mio heredero á Fulano si diere á tal eglesia vn monte de oro. Ca tal establescimiento como este non vale, porque es puesto so tal condicion que non se puede cumplir de fecho, maguer que los alquimistas cuydan que pueden fazer oro quanto quisieren, lo que fasta este tiempo non fue cosa manifiesta á los otros omes. E por ende dezimos que el que fuesse puesto por heredero so tal condicion que non aura la herencia que assi le fuesse dexada.

ART. 793. La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

Podrá, sin embargo, legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación, ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

Concordancias.—Igual al art. 713 del proyecto de 1851 y al 880 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 794. Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó otra persona.

Concordancias.—Igual al art. 881 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 792, 793 Y 794.—*Indicación preliminar.*—No obstante el mucho estudio dedicado por los jurisconsultos romanos á la teoría de las condiciones imposibles y los intentos de profundizarla de los antiguos expositores y de los modernos comentaristas, llega á nosotros todavía sumamente imperfecta y necesitada de grandes rectificaciones filosóficas y prácticas. Sin que nosotros pretendamos acabar la obra, creémonos en la necesidad de dedicarla nuestro esfuerzo, dentro de los límites, estrechos relativamente, que nos permite el espacio de que disponemos.

Llamamos posibilidad en filosofía á un término de relación negativo, á la falta de contradicción de dos ideas. Concebimos, por el contrario, la imposibilidad como término afirmativo de relación, la que existe entre dos ideas que pugnan y se contradicen entre sí. Decimos que es imposible aquello que no puede pasar de la imaginación á la realidad y tener existencia, por oponerse á ello determinada ley del orden físico ó del orden moral.

Siempre que se habla de condiciones imposibles se toma la condición por el hecho que la constituye. La condición en sí es siempre posible, como idea puramente abstracta; el hecho á que se refiere puede, sin embargo, hallar oposición en el camino que separa el propósito y la realidad, por el obstáculo de fenómenos físicos ó morales á los que repugne su existencia. Es, pues, condición imposible la que definen los autores acertadamente en un sentido práctico, diciendo que no puede cumplirse porque se lo impide algún obstáculo irresistible.

Una sutileza, nacida ya entre los romanos, hace creer á los autores que las condiciones imposibles no tienen efectos en derecho á causa de que el acontecimiento que las forma no tiene el carácter de incierto que requiere la definición general de las condiciones, por saberse, como se sabe, que nunca existirá. «*Impossibili conditioni vix aplicari potest deffinitio conditionis, quia semper certum est eam non extituram.*» Fácil es de advertir el escasísimo valor de esta apreciación, considerando que

sobre la certidumbre ó incertidumbre del hecho están la posibilidad ó la imposibilidad de que se realice, y que de todos modos, considerar los hechos como ciertos en razón de ser imposibles y referir su valor legal á la certeza y no á la imposibilidad, es confundir el efecto con la causa y jugar al escondite con los conceptos filosóficos.

Sabido en general lo que es una condición imposible, estudiemos ahora sus diversas clases, para llegar por fin al estudio de sus efectos.

*
* *

Clasificación de las condiciones imposibles.—«*Atales y a dellas que se non pueden cumplir por embargamiento de natura: e atales y a, que las embarga el derecho, e otras que se embargan de fecho, e otras y a que non pueden ser, porque son dubdosas, e escuras.*» Esto decían las Partidas, siguiendo exactamente á las cuales, la mayoría de los intérpretes ha venido clasificando las condiciones imposibles en cuatro grupos: imposibles por naturaleza, imposibles de derecho, imposibles de hecho é imposibles por ambigüedad.

El Código reduce estos cuatro grupos á tres, en el art. 792: condiciones imposibles, condiciones contrarias á las leyes y condiciones contrarias á las buenas costumbres.

Desde luego, el legislador ha tomado el nombre de imposible en un concepto erróneo. Cierto que las condiciones contrarias á la ley ó á las buenas costumbres, sin otro mal que éste, no pueden llamarse imposibles en el concepto puramente físico. Pero filosóficamente, tan imposibilidad es la física como la moral y la estrictamente jurídica. Por otra parte, alguien podría suponer que el legislador contraponía á las condiciones imposibles relativamente, por oposición á la ley ó á la moral, las imposibles en absoluto, en cuyo caso faltaría á la clasificación del Código el grupo formado en la de Partidas con las condiciones imposibles de hecho.

Se advierte también, en la nueva clasificación, que aparece subdividido el antiguo grupo de las condiciones contrarias á derecho, distinguiéndose las que lo son respecto de la ley, de las relativas á las buenas costumbres. Excepto en lo que después

hemos de decir sobre la frase «*buenas costumbres*», esta subdivisión nos parece acertada, por cuanto responde á los modernos conceptos de separación del derecho y de la moral.

Las condiciones imposibles por ambigüedad desaparecen del precepto del art. 792. Cierto que el carácter imposible de las condiciones ambiguamente expresadas no está en la naturaleza del hecho á que se refieren, sino en la interpretación de la voluntad del testador. Consideramos, por lo mismo, que la innovación del Código es justificada, si bien no nos creemos dispensados de hacer más adelante alguna indicación sobre esta ambigüedad de las condiciones.

En atención á todos estos motivos, vamos á proceder al estudio de la imposibilidad, dividiendo la materia en cuatro grupos: los tres que abarca el Código y el de las condiciones imposibles por ambigüedad.

***

A) Condiciones imposibles.—Son las que llamaban los antiguos imposibles por naturaleza é imposibles de hecho. Las Partidas explican á su manera en lo que consisten y en lo que se diferencian entre sí estas condiciones. Son *embargadas de natura* las primeras porque no se pueden de ninguna manera cumplir, como por ejemplo: «*fágote mi heredero si alcanzares al cielo con la mano.*» Las segundas, aun no impedidas por la naturaleza, lo están por los hechos. Si el testador dijere «*establezco mio heredero á fulano, si diere á tal eglesia un monte de oro*», se tendrá una condición imposible de hecho, porque aunque los alquimistas, dicen las Partidas, piensan que pueden hacer todo el oro que quisieren, hasta este tiempo no ha sido cosa manifiesta á los demás hombres.

Acostumbran los autores á llamar absolutas á las condiciones contrarias á la naturaleza, y citan como ejemplos, á más del de Partidas, los siguientes: «si bebiera todo el agua del Tíber», «si volara», «si el sol obscureciera.» Por la misma razón llaman imposibilidades relativas á las de hecho, poniendo por ejemplos, á más del indicado: «si hace una casa en dos días», «si la hace sin apoyo en el suelo», etc.

Conviene, antes de pasar adelante, rectificar este vocabu-

lario; llamando la atención sobre el calificativo «absoluto» que se aplica á las primeras condiciones, aun por autores celebérrimos. La imposibilidad absoluta es propiamente la que supone contradicción metafísica, como la del sér y no sér, y como la de ser una cosa y ser á la vez la contraria. Si decimos: «nombro heredero á Antonio á condición de que al cumplir treinta años sólo tenga veinte», hacemos referencia á hechos contradictorios entre sí, que se resuelven en el principio de no poder una cosa ser y no ser al mismo tiempo, y, que por consecuencia, son metafísicamente imposibles.

Pueden también considerarse como hechos absolutamente imposibles, al menos para el efecto de estos comentarios, aquellos que, sin envolver una contradicción esencial de ideas, resultan contrarios á las leyes físicas positiva é indestructiblemente comprobadas. Esta es la que llaman los filósofos imposibilidad física ó natural, consistente en que un hecho esté fuera de las leyes de la naturaleza. «Es naturalmente imposible, dice Balmes, que una piedra soltada en el aire no caiga al suelo, que el agua abandonada á sí misma no se ponga á su nivel, que un cuerpo sumergido en un fluído de menor gravedad no se hunda, que los astros se paren en su carrera; porque las leyes de la naturaleza prescriben lo contrario.» Advierte el mismo Balmes lo peligroso de la afirmación de que un hecho sea naturalmente imposible. «Es ley de la naturaleza, dice, que el cuerpo del hombre, como más pesado que el aire, caiga al suelo, faltándole el apoyo; pero hay otra ley por la cual un conjunto de cuerpos unidos entre sí, que sea específicamente menos grave que aquel en que se sumerge, se sostenga y hasta se levante, aun cuando alguno de ellos sea más grave que el fluído. Luego unido el cuerpo humano á un globo aerostático dispuesto con el arte conveniente, podrá remontarse por los aires, y este fenómeno estará muy arreglado á las leyes de la naturaleza.»

Resulta de estas nociones que el ejemplo «si volara», como el «si tocara las estrellas con la mano,» no contienen hechos imposibles metafísica ni físicamente. A la ley de la gravedad se oponen otras leyes físicas más ó menos conocidas que alejan imposibilidad de volar, y no está tampoco demostrado, con cosa indiscutible, que no pueda el hombre algún día poner pi y manos en un cuerpo celeste. Precisadas así las ideas, convie

advertir, por cuanto ayuda á demostrar la confusión de los autores en este punto, que en su mismo ejemplo de la construcción de una casa no apoyada en el suelo, hay tanta ó más imposibilidad que en el de volar un hombre ó en el de tocar las estrellas con las manos (no decimos el cielo por no ser susceptible de tacto); sin embargo de lo cual, se considera al primero como de imposibilidad relativa y á los segundos como de imposibilidades absolutas.

Indudablemente, el Código, en la calificación de imposibles, se refiere por igual á las que lo son física y metafísicamente. Restan sólo las otras imposibilidades que pueden llamarse francamente relativas y que, como se desprende de lo dicho, son aquellas que no tropiezan con el principio de contradicción ni repugnan á las leyes físicas exactamente comprobadas. Los filósofos distinguen las imposibilidades morales y las de sentido común. No todos están de acuerdo ni mucho menos en la definición de cada uno de estos grupos, pero podemos, para nuestro objeto, reunirlas todas en la noción de ser contrarias al curso regular ú ordinario de los sucesos.

Determinar la imposibilidad, una vez llegados á este punto, en forma que aleje las infinitas dudas á que el asunto se presta, es algo más que obra de romanos. Los romanos, en efecto, con Ulpiano á la cabeza, se limitaron á enseñarnos que estas condiciones no eran imposibles, sino cuasi imposibles. Si alguno—dice aquel jurisconsulto—fuera instituído bajo condición de hacer un monumento en los tres días siguientes á la muerte del testador y el monumento no pudiera hacerse en tres días, habría de decirse que la condición se desvanecía como imposible *(quasi impossibilem)*. No nos dijeron mucho más las Partidas, porque, aunque el ejemplo del monte de oro ya citado contiene verdaderamente una imposibilidad, dado el orden regular de los sucesos, los autores de aquel Código huyeron de formular la regla necesaria para distinguir todos los casos. Los tratadistas posteriores, incluyendo los más célebres de la época moderna, rehuyen también la dificultad, limitándose los más expansivos á considerar como condiciones imposibles de hecho (relativas) aquellas—como dice Viso—en que el acontecimiento que se designa no está tan determinado que pueda saberse desde luego si alcanza ó no á ello el poder humano.

Desde luego, ninguna de estas imposibilidades relativas son

verdaderas imposibilidades; son solamente grados de dificultad. No es conforme al curso ordinario de los hechos—se dice—la reparación plena y perfecta de la buena fama una vez mancillada ó quebrantada de palabra ó por escrito; la suposición de nombre en un elevado personaje cuyo nombre y títulos todos pronuncian y á quien se tributan los respetos debidos á su clase, ó el hallar un verso exacto de la *Iliada* sacando las letras de una bolsa como números de la lotería. Pero nada de esto es tampoco verdaderamente imposible por muy difícil que parezca.

Se acude á la teoría de las probabilidades, auxiliada por la de las combinaciones (Balmes), para calcular la inmensa distancia en que se encuentran algunos de estos fenómenos respecto de la existencia, pero no se niega que pueden existir, y, como para los efectos del derecho, no nos basta con nociones filosóficas, y como entre estas condiciones relativamente imposibles y las que llamaremos condiciones imposibles subjetivamente, que son aquellas de la clase de las potestativas en que el heredero tropieza con dificultades personales que le impiden su cumplimiento, no hay diferencias esenciales, llegamos á creer que son tan válidas como éstas y que no se refiere á ellas el art. 792 del Código.

En esta materia ha de servirnos como estrella indicadora, lo mismo que en todas las de la sucesión hereditaria, la presunta voluntad del testador.

En las condiciones imposibles físicamente, como, por ejemplo, «si el sol deja de dar luz», puede suponer la ley que el testador no trataba de reducir á un puro juego la institución hereditaria, como se reduciría verdaderamente si la condición tuviera validez. Aun pensando que el testador pudiera ponerse en el caso de la realización de un milagro, ó simplemente que obraba por capricho, en cierto modo respetable, la ley puede adoptar el criterio que adopta sin daño de la voluntad testamentaria, ó, por lo menos, en beneficio á la seriedad del acto.

Pero el caso de las condiciones relativamente imposibles es muy distinto. El testador ha dicho, por ejemplo: «*nombro heredero al Presidente del Consejo de Ministros del año 1899 procede á la revisión del Código civil.*» Esta es una condición imposible de hecho, es decir, imposible relativamente, porque en el curso ordinario de los sucesos la inactividad de los Cuer-

Colegisladores, la habitual resistencia contra toda medida beneficiosa y acaso los resquemores y las excitaciones del amor propio, producirán una dificultad que, en el cálculo de las probabilidades de que hablaba Balmes, determinarán una triste pero segura imposibilidad. Póngase, si quiere acudirse á otros ejemplos, el de la construcción de un monumento en tres días, el de recorrer cien kilómetros á pie sin descansar, el de criar un olmo de cincuenta metros de altura, el de realizar sucesivamente diez matrimonios legítimos, etc., etc.

Todas estas condiciones que, á juicio de los autores, están comprendidas en la calificación de imposibles, y que lo estaban indudablemente en la *ley 4.ª, tít. IV, Partida 6.ª*, no nos parece que se hallan entre las que el art. 792 del Código llama imposibles. Primeramente, la supresión del calificativo *relativas* ó *de hecho* con que se conocían anteriormente parece indicar la idea de referirse sólo á las absolutamente imposibles. En segundo lugar, para menospreciar y tener por inútil la manifestación del testador, no basta con que el hecho sea más ó menos difícil, puesto que pudo querer y hasta debe presumirse que quiso, mientras no conste lo contrario, hacer pasar al heredero por la dura prueba de la dificultad del hecho; aparte de que si hubiéramos de formar el juicio en relación con esta dificultad, llegaría á tenerse por no puestas todas las condiciones potestativas, puesto que todas pueden ser difíciles en mayor ó menor grado, y ni la ley señala ni podemos señalar nosotros la línea de separación de las dificultades graves y de las leves.

Entendemos, por fin, que la imposibilidad de que habla el Código es exclusivamente la absoluta del orden físico y del metafísico, y que no hay términos hábiles para seguir considerando igual en esencia y en consecuencias á la imposibilidad meramente relativa á que superficialmente siguen aludiendo los autores.

***

B) Condiciones contra la ley.—Las que antes se llamaban condiciones imposibles de derecho pasan en el Código á formar dos grupos: el de las contrarias á la ley y el de las contrarias á las buenas costumbres. En general, la condición imposible de derecho era la contraria á la ley, y así ponía por ejemplo de ella

la *ley 3.ª, tít. IV, Partida 6.ª,* el siguiente: «*Establezcote por mio heredero si non sacares a tu padre de captiuo o si non le dieres que coma.*» Pero añadía la misma ley: «*generalmente son llamadas impossibles, segund derecho, todas las condiciones que son contra honestad de aquel á quien son puestas é contra buenas costumbres ó contra obras de piedad, ó contra derecho natural.*»

La subdivisión de estas condiciones en contrarias á las leyes y á las costumbres, estaba ya adoptada en el derecho romano. *Conditiones contra leges et decreta principum*, dice Paulo, *vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti;* como, por ejemplo: «si no se casare», «si no tuviera sucesión», «si cometiera un homicidio», etc. Hemos, pues, vuelto al punto de partida de la clasificación, siguiendo exactamente la letra y el espíritu del Código francés y del italiano.

Limitándonos ahora á las condiciones contrarias á la ley, únicas que pueden llamarse estrictamente imposibles de derecho, tropezamos con una gran dificultad para la determinación de qué leyes se trata, y hasta dónde es ó no posible el cumplimiento de la voluntad del testador.

Extensísimo estudio dedican á este asunto los comentaristas, examinando una por una las leyes más importantes del derecho positivo contemporáneo, y haciendo aplicación de su carácter y de sus consecuencias á la posibilidad ó imposibilidad de las condiciones puestas en los testamentos. Son innumerables los trabajos que en libros, periódicos y sentencias de los Tribunales han empleado los jurisconsultos italianos para discutir y decidir cuestiones secundarias relativas á determinadas leyes de carácter social ó puramente civil. Sin entrar nosotros de lleno en este estudio, excesivamente casuístico y fatigoso, y reducido en definitiva á determinar la validez de ciertas condiciones especiales, entre las numerosísimas, verdaderamente infinitas, que pueden ocurrirse á los distintos gustos y criterios de los infinitos testadores que han sido y serán, no debemos tampoco prescindir en absoluto de una indicación, aunque somera y rápida de los principales puntos á que los autores aplican la dificultad separando las condiciones relativas al matrimonio y las conocidas con el nombre de captatorias, de que, por ser materia propia de dos artículos del Código, especialmente consagrados

ellas, el 793 y el 794, haremos estudio con separación más adelante.

a) Derechos políticos.—Se estima sin contradicción que las condiciones contrarias al ejercicio de estos derechos deben considerarse imposibles por tratarse de funciones públicas que afectan á la buena marcha del Estado.

Se ha presentado muchas veces una cuestión relacionada con estos derechos políticos en los Tribunales de Italia y de Francia; la de si el testador puede obligar al heredero por medio de una condición á residir en un punto determinado. En el Derecho romano se había ya resuelto esta cuestión, con referencia á un caso particular, en el sentido de que la condición no era válida. Así también lo estiman muchos autores, opinando que una condición de este género atenta contra la libertad del individuo y contra su perfectísimo derecho, de carácter público, de elegir sin limitación ninguna el punto de su domicilio. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido discordante; y atendiendo unas veces á estos motivos de pública actividad y considerando otras que no atenta á la libertad individual la residencia en determinado punto, siempre que se permita al sujeto trasladarse libremente á otros lugares adonde sus necesidades ó sus gustos le puedan conducir, han declarádo lícita unas sentencias é ilícita otras la condición de que se trata.

También se estudia largamente la cuestión de si puede obligarse por medio de la institución hereditaria condicional á abrazar determinada profesión ó arte ú oficio. No se habla naturalmente de los oficios indecorosos, porque éstos ya están comprendidos entre las condiciones contrarias á las buenas costumbres; ni tampoco de los que pugnan con determinadas condiciones físicas del individuo, en tanto que quepa comprenderlos entre las condiciones imposibles físicamente que ya hemos estudiado. Se descarta igualmente del problema la indicación general de haber de tomar una profesión ú oficio el heredero, por no ser atentatoria de la libertad individual.

La jurisprudencia ha estado en este punto más conforme que en el anterior. Entre los que consideran ilícita la condición de una carrera determinada, por contradecir la libertad del individuo y quizá su vocación y sus aptitudes intelectuales, y los que la consideran lícita en atención á la dificultad de juzgar

por anticipado de estas aptitudes, y á la honradez y acaso al acierto de la voluntad del testador, las sentencias de los Tribunales extranjeros se han pronunciado francamente por la opinión de los últimos.

El problema ha tomado aún mayor especificación en la condición relativa al ejercicio ó no ejercicio del sacerdocio. La opinión general, aunque contradiciendo el criterio manifestado respecto de las demás profesiones, entiende, siguiendo á Demolombe, que es contrario á las buenas costumbres imponer el ejercicio de la profesión sacerdotal por atracción de bienes materiales. Consideran, en cambio, válida la de no ejercer esta profesión, fundándose en el mismo razonamiento *a sensu contrario.*

b) Derechos de familia.—En cuanto á éstos, las dificultades, ó, por lo menos, las discusiones se reducen á poquísimos puntos. Todos los autores están conformes en que los lazos del matrimonio y los de la patria potestad, en lo que tienen de carácter público, no pueden ser sometidos á condición. Disienten sólo en cuanto á ciertos derechos particulares, y especialmente en relación con los bienes.

Así, no cabe duda de que la condición con que se trata de privar al padre de la patria potestad sobre su hijo, ó al marido de la autoridad sobre su mujer, ó al tutor de sus derechos de vigilancia y administración, es nula por entero. Pero el mayor ó menor grado del usufructo del padre en los bienes del hijo, ó de los derechos del marido sobre los bienes de su cónyuge, son condiciones referentes á puntos de interés más bien privado que público, en que, sin formular una regla definitiva, se inclinan los autores á creer en términos generales que la condición es válida.

c) Derechos de propiedad.—Muchos casos especiales de condiciones estudian los autores, relativos la mayor parte á la materia hereditaria. La condición de aceptar la herencia sin beneficio de inventario, la de impedir la impugnación del testamento, la de aceptar la herencia aun estando incapacitado para suceder, la de renunciar una herencia que se espera recibir de otra persona y otras condiciones por el estilo, se han tratado y discutido con muchísima minuciosidad, para venir generalmente á parar, en definitiva, en que deben considerarse imposibles todas

aquellas que atentan contra el orden público, como la de renunciar al beneficio de inventario, y que se han de estimar posibles y válidas las solamente atentatorias al derecho privado, como la de imponer al heredero la obligación de respetar determinada intervención de una tercera persona en los bienes que constituyen la herencia.

La condición de no enajenar los bienes, la de no hipotecarlos, la de no someterlos á ningún gravamen, se consideran también nulas, atendiendo á la misma razón del interés público, y por cuanto á juicio de la mayor parte de los autores repugnan al ejercicio del derecho de disponer libremente de los bienes.

Crítica.—Mucho nos equivocamos si todos los autores que tratan de esta materia, Troplong, Laurent, Demolombe, Demante, Aubry y Rau, Paoli, Borsari, Fulci, etc., no sufren las consecuencias de un profundo error al colocarse en el punto de vista del orden público para juzgar desde él del carácter de las condiciones hereditarias que afectan al derecho positivo. Mucho nos equivocamos también si hay uno solo de estos autores que no incurra en contradicciones evidentísimas de página á página, y á veces de párrafo á párrafo, por mantener en unas ocasiones alto y erguido el argumento del interés público, y por rendirle en otras y humillarle bajo consideraciones morales ó materiales que se les imponen irresistiblemente al entendimiento.

Es indudable, en efecto, que la consideración debida al orden público tiene un límite. Este límite se halla establecido de una manera muy precisa, como resultado de profundos estudios de la naturaleza y relaciones del Estado y del individuo, en el párrafo 2.°, art. 4.° de nuestro Código civil, que literalmente dice: «Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, á no ser esta renuncia contra el interés ó el orden público.» Desde luego, un derecho de interés público, como el del sufragio, el de dedicarse libremente á cualquiera profesión, el de reunirse y asociarse para un fin social, son irrenunciables. Considéranse parte integrante del mismo individuo, complemento de su personalidad, fruto exclusivo de su naturaleza, y á nadie se permite que se desposea de ellos ó, por mejor decir, que manifieste que se desposee, porque á tanto equivaldría y tan ineficaz sería la renuncia á la respiración, al alimento, á la bebida y al sueño.

Pero hay que distinguir en la filosofía del derecho, antes que

la naturaleza mudable ó inmutable de las facultades humanas particulares, la facultad suprema de la libertad moral, de la que trasciende al orden jurídico el carácter puramente potestativo de todos los derechos. Una cosa es tener el derecho y otra tener la libertad moral, y como consecuencia, la libertad externa de ponerla ó no ponerla en ejercicio. Una cosa es tener el derecho de intervenir en los comicios y otra cosa tener la libertad de intervenir ó no intervenir, según le plazca al individuo.

El respeto al interés público hace ineficaz la renuncia de los derechos que afecten á éste; pero no quiere decir esta imposibilidad jurídica de renunciar el derecho, que haya imposibilidad también de renunciar el ejercicio.

Lo mismo las leyes de interés público que las de interés particular tienen una primera división en permisivas y en preceptivas ó prohibitivas. Apúrense lo que se quiera los términos, el derecho de votar, el de elegir domicilio, el de escoger profesión, pertenecen al orden jurídico permisivo y son renunciables de hecho, aunque no lo sean de derecho.

Hay que traer así las cosas, por esta justificación de la filosofía, al verdadero terreno de la realidad de la vida y de las enseñanzas de la práctica; y así se nota prontamente que si el ciudadano es libre de no poner en ejercicio las facultades que por condición esencial de su naturaleza ó por creación de los legisladores le corresponden en la sociedad; si no puede obligársele á la actividad de sus derechos ni pedírsele cuentas del motivo de sus omisiones, y si, en resumen, puede ceder á toda clase de motivos para permanecer en actitud pasiva, ha de admitirse que ceda también, sin más daño para la sociedad y sin mayor repugnancia para los principios de la filosofía y del derecho, ante el lucro material, y á veces á la satisfacción moral, de la consecución de una herencia.

Es claro que se trata, en este punto de las condiciones, no de la renuncia voluntaria al ejercicio de un derecho, sino de la imposición del testador. Pero, ¿por qué no ha de poder el testador someter á su heredero á una situación en que por la ley está mitido que éste se coloque voluntariamente? ¿A título de qu terés público impide la ley al heredero que acepte la indica del testador como motivo para no ejercitar sus derechos, y n impide, en cambio, tomar en cuenta todos los otros infinito

tivos que conducen al mismo resultado? ¿No hay en esto una evidente contradicción que, por fortuna, no corresponde á la ley, sino sólo á los comentaristas y á los Tribunales, que tan confusa noción del interés público la atribuyen?

Notemos que en la práctica caben razones poderosas innumerables para que el testador imponga á su heredero determinadas abstenciones. Quien tiene una casa en Madrid, que él mismo ha construído, que él mismo ha rodeado de comodidades y de bellezas, ¿deja de ser naturalísimo que, al legarla á un pariente ó amigo, lo haga bajo la condición de variar de domicilio, de venir á habitar la misma finca, y á conservar sus esplendores? El que nombra heredero á un su pariente que vive en otro punto donde evidentemente sufre daño de causas morales ó físicas, como determinadas relaciones, ó como ciertas circunstancias climatológicas, ¿no podrá obligar á su heredero á que traslade su residencia á otro punto lejano? El que ha visto con pena á un amigo del alma empobrecerse en las luchas políticas, ¿no podrá también nombrarle su heredero sobre la base y bajo condición de que, alejado de sus peligrosas aficiones, decidiéndose á no intervenir en contiendas electorales, en manifestaciones y en asociaciones públicas, dedique el resto de sus días al disfrute tranquilo de los bienes?

No hay que confundir aquellos derechos de orden público que son al mismo tiempo derechos y obligaciones. Esta es la confusión que, á nuestro juicio, padecen todos los autores que se ocupan de esta materia, influídos por la falsa atmósfera de palabras desprovistas de todo sentido práctico que recibimos en herencia de los grandes políticos poetas de la Revolución de Francia. Hay, sí, un orden público que respetar y mantener en ciertos principios, pero sólo en aquellos que están establecidos con carácter obligatorio, porque también es sólo en ellos en donde se halla el interés público verdadero, real, exigible. El derecho de dirigir á un Municipio, el de intervenir en el Jurado, el de ejercer la patria potestad, son, sí, derechos, pero son también ineludibles deberes. No debe confundírselos con aquellos otros que el ciudadano es libre de ejercitar ó no.

En esta diferencia está precisamente, á nuestro juicio, la característica de la imposibilidad jurídica de las condiciones: en que se trata con ellas de sustraer al heredero de una obligación

impuesta por la ley ó de un derecho obligatorio (valga la antinomia). Todo lo que la ley no establece como obligatorio puede ser objeto de condición; únicamente no pueden serlo las en que se obligue al heredero á hacer lo que la ley prohíbe ó á no hacer lo que la ley manda. Después de llegar con todo rigor filosófico á esta conclusión, advirtamos también que el art. 792 del Código conduce al mismo resultado. «*Las condiciones,* dice, *contrarias á la ley.*» ¿Cómo han de ser contrarias, en efecto, las constituidas por un hecho que la ley no ordena ni prohíbe? Lo extraño es que los jurisconsultos franceses é italianos padezcan la ofuscación que hemos venido destruyendo, teniendo también en sus Códigos una expresión legal idéntica, que, á nuestro juicio, no es susceptible de duda ninguna.

Aplicando ahora este criterio á los distintos casos de dificultad que hemos trasladado de las obras extranjeras, debemos concluir que el testador puede obligar al heredero á fijar su domicilio en un punto determinado, á no fijarle, á elegir determinada profesión, lícita y físicamente posible, á abrazar ó no abrazar el estado eclesiástico, á desprenderse del usufructo de los bienes del hijo y de la administración de los bienes de la mujer, á no enajenar la herencia, en los límites que establece el artículo 885 del Código, á no constituir hipotecas ni permitir gravámenes en los bienes, etc., etc.

***

C) Condiciones contra las buenas costumbres.—Empecemos por extrañar el uso de esta frase. Bajo la denominación de condiciones imposibles de derecho se comprendían antes las contrarias á la ley, á la moral, á la honestidad y á la piedad. El término «*buenas costumbres*» es poco comprensivo y excluye, sin duda alguna, tomado en todo rigor, actos de la moral general que entraban en el antiguo concepto de la imposibilidad de derecho.

Para los autores, decir buenas costumbres equivale á decir moral pública. Pero, en primer lugar, la moral pública abarca toda la esfera de la moralidad; antes, por el contrari excluye completamente la moral religiosa y la moral social. Ad más, pertenecen á la moral social hechos é ideas, como el am

de los cónyuges, que no parece que pueden comprenderse en el nombre de buenas costumbres. Indiquemos ligeramente el contenido propio de la moral.

Todos los actos humanos se clasifican en tres grupos: buenos, malos é indiferentes; según que se conforman con la recta razón, ó que no se conforman, ó que no se encuentran ni en conformidad ni en disconformidad con ella. La recta razón nos informa de lo que debemos y de lo que no debemos hacer; en ella, pues, se fundan todos los deberes, puesto que deber es que hagamos todo lo que la recta razón aconseja. Estos deberes son de tres órdenes: para con Dios, para con nuestros semejantes, y para con nosotros mismos. Por esta razón, la moral tiene tres ramas: religiosa, social y personal.

La moral religiosa está constituída por todos aquellos deberes del culto interno y del culto externo que se reducen fundamentalmente á adorar á Dios, reconociendo su soberano poder, á amarle aspirando á él como fin, á dirigirle nuestros ruegos por medio de la oración, á darle gracias por todos los beneficios de él recibidos, y á intervenir en las públicas ceremonias del culto. La moral personal está constituída por todos aquellos deberes del alma que tienden á dirigir y perfeccionar la inteligencia, la sensibilidad y la voluntad, y por todos aquellos del cuerpo que procuran la conservación de la vida y el retraso de la muerte. La moral social está constituída por varios deberes positivos (amor á nuestros semejantes, justicia, lealtad, beneficencia y gratitud) y por otros varios negativos (no matar, no fornicar, no hurtar, no mentir).

De todos estos deberes, las costumbres buenas ó malas entran sólo, filosóficamente, en los relativos á la voluntad. La costumbre es sencillamente la facilidad de obrar en determinado sentido en el orden moral. Así, la frase «*buenas costumbres*» significa filosóficamente lo mismo que virtudes; esto es, facilidad de obrar teniendo por fin el bien real y la perfección del hombre, así como las malas costumbres tienen por objeto un mal, ó un bien sólo aparente. Por consecuencia, hechos contrarios á las buenas costumbres deberíamos entender que son aquellos con que de una manera habitual se contradicen las virtudes (prudencia, justicia, fortaleza y templanza), esto es, se cede al impulso de las pasiones (soberbia, avaricia, lujuria, etc., etc.).

Pero si hubiéramos de considerar en este sentido rigorosamente filosófico las buenas costumbres á que se refiere el Código, quedarían fuera todos los actos de la moral religiosa y de la social, porque, como hemos dicho, la costumbre moral, buena ó mala, virtud ó vicio, no afecta filosóficamente más que á la voluntad del individuo, á cuyo terreno íntimo pertenecen las pasiones de todo género. Sólo, pues, podrían estimarse hechos contrarios á las buenas costumbres aquellos que la ética y la fisiología clasifican entre las pasiones; y mientras, por un lado, excluiríamos del precepto todos los deberes religiosos y sociales, dejaríamos por otro incluídos en él las corridas de toros, ciertas representaciones teatrales y algunos otros espectáculos de este género, que repugnan sin embargo á la moral individual pura.

Si saliendo del campo de la filosofía quisiéramos encontrar en el lenguaje común el verdadero significado de la frase *buenas costumbres,* nos encontraríamos también excesivamente limitados. Los actos del culto interno ó externo no hacen relación en el común lenguaje de las gentes á las buenas costumbres del individuo. Tampoco entran en el concepto la mayor parte de los deberes de la moral social. Buenas costumbres se llaman generalmente las de la conducta externa, puramente física, de los individuos, sin analizar su valor filosófico ni estrictamente científico. Se dice que tiene buenas costumbres, en el lenguaje ordinario, el que se levanta pronto, se acuesta temprano, come á horas regulares, viste con decencia, es honesto en sus actos ante las gentes, etc. Vienen á ser, en fin, las buenas costumbres una mezcla de solamente dos de las virtudes cardinales, la prudencia y la templanza.

En estas condiciones resulta sumamente difícil, mejor dicho imposible, formar idea exacta de lo que son las buenas costumbres para el art. 792 del Código. ¿Habrá de ser su significación tan limitada que no abarque los deberes del hombre para con Dios, y habrá, por otro lado, de ser tan amplia que comprenda los hechos menudos de la vida, los del vestir, los del comer, y todos los demás que se califican de esa manera y que pertenecen á lo que la ética considera actos indiferentes en su aspecto objetivo?

Empeño sería vano y peligroso querer determinar por sí

tra parte la característa de las buenas costumbres. Podemos, sin embargo, creer que un hecho contrario á los deberes religiosos, como el que se impusiera en estas condiciones: «si no vuelve á oir misa», «si no vuelve á entrar en la iglesia», puede y debe ser calificado de contrario á las buenas costumbres. Los hechos contenidos en estas otras condiciones: «si no diere limosnas», «si no se manifestase nunca agradecido á nadie,» deben también ser calificados de la misma manera. Ninguno de ellos entra en el verdadero concepto de los vicios éticos, ni de las llamadas vulgarmente malas costumbres, y mucho menos los que se refieren, antes que á una manifestación externa de la voluntad, á un sentimiento ó á una opinión puramente internos. Pero son actos de la moral religiosa y de la moral social que, por la repugnancia que producen al ánimo, por lo que se separan de los sentimientos de la generalidad de las personas, por lo que pueden tener de ejemplo funesto contra verdades y principios también generalmente admitidos, caben en la expresión del Código por el espíritu, ya que no por la letra. Del mismo modo que admitimos esta ampliación de la frase, debemos también establecer una restricción. Los hechos pequeños de la vida, los que no tienen carácter transcendente, los que no inspiran la protesta de la conciencia, siquiera no se acomoden al uso general, no pueden ser, á nuestro juicio, objeto del pensamiento manifestado en este artículo por el legislador.

Únicamente, pues, atendiendo á la repugnancia del hecho, en razón del común sentir y obrar de las gentes, podemos tener una regular idea del alcance de la disposición. Cuando el testador trate de prohibir al heredero aquellos actos, ó simplemente pensamientos, que, aparte de la idea del deber y de la bondad intrínseca del acto, encuentren repugnancia en el criterio general, entendemos que la condición puede estimarse comprendida entre las contrarias á las buenas costumbres. Ejemplos: «Si no ama á Dios.» «Si no da culto á Dios.» «Si manifiesta sentimientos de ingratitud.» «Si indica deseos de que triunfen las injusticias.» «Si es deshonesto públicamente.» «Si no trabaja.» «Si no se pone n cura en sus enfermedades», etc., etc.

Por el contrario, aquellos otros hechos que, más ó menos costumbrados, más ó menos buenos moralmente, más ó menos

peligrosos para la salud, no suscitan verdadero disgusto ni enojo, no deben ser calificados de buenas costumbres á los efectos del Código. Serán, pues, lícitas en general condiciones como las de los siguientes ejemplos: «Si no va á los toros.» «Si no monta en bicicleta.» «Si viste solamente de americana.» «Si no lee periódicos.» «Si no sale de casa durante la noche.»

Debemos distinguir aquí, no ya las condiciones caprichosas, porque el capricho en todo caso, siempre que su realización pertenezca á la esfera de lo posible, debe ser permitido á los testadores, sino á las especialmente ridículas. Al estudiar las disposiciones testamentarias desde el punto de vista del testador, hemos afirmado nuestro criterio de que la ridiculez de la causa de la institución hereditaria no afecta á la validez de ésta. Un testador puede decir: «Nombro heredero á Fulana en atención al color verde botella de sus ojos», y esta causa ridícula no privará á la institución de validez. Pero si es lícito que el testador quiera ponerse y se ponga en ridículo, no es lícito que trate de poner al heredero. Así, por ejemplo, si le impusiere una condición del género de ésta: «Si asiste al Teatro Real en mangas de camisa», ó del de ésta: «Si baila todas las tardes sevillanas en el Paseo de Recoletos», la condición se considerará ilícita.

En resumen: siempre que el hecho que el testador imponga al heredero ó la omisión á que le obligue sean de tal género que produzcan oposición y protesta en los sentimientos, en las opiniones ó en las prácticas admitidas por la generalidad, ó que, sin llegar á tanto, coloquen á dicho heredero en situación desairada y ridícula, las consideramos como atentatorias á las buenas costumbres, en el sentido con que se expresa el Código.

En cada caso práctico variarán las condiciones subjetivas y objetivas del heredero, y constituirán una especialidad para el juicio. El elemento personal, así del heredero como del testador; su calidad, sus costumbres, sus aficiones, influirán decisivamente en la resolución de la dificultad. Pero todo esto corresponde ya al criterio de los Tribunales; para nuestra misión de comentaristas, parécennos bastantes las indicaciones que dejamos hechas, en las que hemos procurado precisar el texto de la ley con verdadero deseo científico, un poco más que los comentaristas de Francia y de Italia, á juicio de quienes la cuestión parece re

suelta por completo sustituyendo una frase vaga por otra más vaga todavía; esto es, considerando que buenas costumbres y moral pública son términos equivalentes.

***

D) Condiciones imposibles por ambigüedad.—Dvbdosas e non ciertas y ha otras condiciones, dicen las Partidas, *que son llamadas en latin perplexas. E esto seria como si dixesse el testador: «Establezco por mio heredero á Fulano, si tal home fuere mi heredero. E si este ome fuere mio heredero establezco á Fulano el sobredicho por mio heredero.»* Un establecimiento como este, sigue diciendo la ley alfonsina, no tiene validez, porque no podría ser de ninguna manera que cada uno de ellos empezase á ser heredero antes que el otro.

Como vemos, y como ya hemos dicho, en este género de condiciones ambiguas ó perplejas, la imposibilidad á que el legislador atiende para declarar la condición nula no está precisamente en el hecho, sino en la inteligencia de lo que el testador quiso decir. Por eso se llaman ambiguas, dudosas, perplejas, porque imposibilitan una acertada interpretación.

En el ejemplo de las Partidas hay también una verdadera imposibilidad de hecho, de las que hemos calificado de metafísicas, porque, en definitiva, la expresión del testador se reduce á que Fulano sea heredero y no lo sea; esto es, á una contradicción metafísica.

Hay que distinguir también estas condiciones ambiguas de aquellas simplemente obscuras á que se aplican las diversas reglas de interpretación de las cláusulas testamentarias. Ya dice el art. 675 que en caso de duda se observará lo que parezca más conforme á la intención del testador, según el mismo testamento. Por lo tanto, siempre que de alguna manera, con elementos de prueba arrancados á las mismas disposiciones del testamento, pueda llegarse al conocimiento del propósito del testador, la condición deberá cumplirse, cualquiera que sea su obscuridad, y no podrá ser considerada como imposible por ambigua.

Podemos, pues, seguir respetando este cuarto término de la clasificación de las condiciones, con tal de referirnos sólo á

aquellas que no sean ya físicamente imposibles por el hecho á que se contraen, como la del ejemplo de las Partidas, y que, por otra parte, no sean susceptibles en forma alguna de aclaración, por lo dispuesto ó lo manifestado en otros lugares del mismo testamento.

Es decir, que hay un género de condiciones que no pueden ser rechazadas como imposibles de hecho, porque, ó no se entiende cuál es éste ó no tiene tal imposibilidad; pero que, sin embargo, han sido expresadas en tal forma, que resulta imposible la interpretación. Ejemplos: «nombro heredero á Sánchez si gana propiedad para el suelo.» «Nombro heredero á Gutiérrez si el sol sale un día auricularmente.» En estos ejemplos, multiplicables hasta lo infinito, el propósito del testador quedó completamente oculto entre las irregularidades de la expresión, y su cumplimiento es imposible.

No habla determinadamente el Código de estas condiciones inaclarables en el art. 792 ni tampoco en el antes citado 675. Mas para considerar que deben serles aplicables los mismos principios que se sancionan en el art. 792, podemos servirnos de dos considerables argumentos:

1.° Que al referirse este artículo á las condiciones imposibles en general, sin distinguir entre la imposibilidad del hecho constitutivo de la condición y la del entendimiento propio de la cláusula, parece admitirlas todas á la vez, sujetándose al precedente histórico de nuestra legislación.

2.° Que si bien es principio de derecho que las palabras deben entenderse en forma que produzcan algún efecto *(verba cum effectu sunt accipienda)*, también es cierto que, por otros principios de interpretación, está admitido que, cuando sea absolutamente imposible la interpretación, el Juez puede y debe acudir á las indicaciones de la equidad *(haec aequitas suggerit etsi iure defficiamur; in summa aequitatem ante oculos habere debet Iudex, aequitas in dubio praevalet)*.

***

Varias condiciones imposibles especiales.—A) Condiciones relativas al matrimonio (art. 793).—Hay en este género de condiciones una prohibición ó limitación de derechos que, si

verdaderamente contrarias á la ley en el sentido que hemos dado á la expresión del Código, tienen, en cambio, oposición en las costumbres; porque el ordenar, y especialmente el prohibir el matrimonio, repugnan un tanto á la conciencia general de la libertad con que debemos proceder en la elección de estado. Pero la doctrina jurídica en este punto ha venido informada desde el derecho romano por especiales circunstancias de aquella sociedad y es menester que definamos bien los términos al hacer la crítica de las disposiciones contenidas en el art. 793.

Las prohibiciones del matrimonio parecieron odiosas en Roma desde que en tiempo de la República hubo precisión de favorecer con medios de toda índole la multiplicación de los matrimonios y el consiguiente aumento de la población. La excelsitud que concedió después al matrimonio la Religión católica, el alto concepto de la unión sacramental de los cónyuges, que, con la sola excepción del Apóstol San Pablo, predicaron al mundo los discípulos y continuadores de Jesús, contribuyeron á aumentar la oposición contra todo acto limitativo del propósito del matrimonio.

La doctrina formada de este modo por los jurisconsultos, de que son firmes testimonios muchísimas leyes del Digesto, del Código y de las Novelas, no pasó á nuestras leyes; pero ha seguido desde entonces afirmada por los jurisconsultos de todos los países, y se ha transmitido al fin á los Códigos modernos (portugués, italiano, mejicano, guatemalteco, etc.) en términos parecidos á los de nuestro art. 793, y alguno, como el de Méjico, por medio de un principio absoluto que impide toda condición por la que se obligue al heredero á tomar ó á no tomar estado. Examinemos ahora los varios aspectos de la doctrina y el verdadero alcance y la justificación del artículo del Código.

a) Condición de casarse. — Es natural, dadas las razones que informaban la legislación romana, que no preocupase á los jurisconsultos esta condición. Si se deja ciento á Ticio á condición de que se case con Mevia, que es viuda, la condición no se remite, y habrá, por lo tanto, de cumplirse, dice la *ley 7.ª, § I, Dig., de conditione et demonstratione.*

Al transportar á las legislaciones modernas el derecho romano en este punto, se ha tomado también como cosa perfectamente válida la condición de casarse. No se ha tenido en cuenta que la

razón de fomentar los matrimonios, exclusiva de Roma, ha desaparecido en nuestro tiempo; no se ha buscado el origen de la doctrina antes de dar por justificada su conservación en la ley.

Como hemos dicho, las condiciones atentatorias á la libertad del matrimonio no son contrarias á la ley en general, porque ninguna ley manda casarse ni dejar de hacerlo. Esta es una de las facultades del orden puramente permisivo, á las que no alcanza la frase «contrarias á la ley» del art. 792. No son tampoco esas condiciones físicamente imposibles, ni son ambiguas. Cabe únicamente considerarlas como contrarias á las buenas costumbres.

Y ¿qué dicen en cuanto al matrimonio las buenas costumbres? Pues que el individuo es libre; que puede ser feliz casándose y puede serlo no casándose; que puede ser infeliz lo mismo en el un caso que en el otro; que la felicidad ó la infelicidad y, por lo mismo, la conveniencia ó inconveniencia del matrimonio dependen de condiciones individuales de temperamento, de fortuna, de costumbres y hasta de salud que sólo el individuo mismo puede consultar y pesar. Por eso no inspiran repugnancia ni la soltería ni el matrimonio, cuando en ambos estados se puede conseguir mejor ó peor el cumplimiento de todos los deberes del hombre; y por eso también repugnan indudablemente á la conciencia de igual manera el mandato de casarse al que se siente decidido al celibato, que el de no casarse al que se inclina al matimonio, como el más excelso de los modos de conseguir la bienaventuranza en la tierra.

Produce seguramente mayor escrúpulo la condición de no casarse, por ser el matimonio un hecho general, y por estar comprobado, en la piedra de toque de la experiencia, que fuera de él es muy difícil la satisfacción de las necesidades morales y el cumplimiento de los deberes de igual género, y casi imposibles la resignación con los dolores y la verdadera abnegación.

Pero hay tan justificados motivos para rehuir el matrimonio en ciertos casos, como la contrariedad de un amor no correspondido, el propósito de la castidad, la convicción de la rebeldía del propio carácter, la falta ó limitación de ciertas condiciones físicas; mejor dicho, es tan evidente que quien no se entrega al matrimonio se halla desprovisto, á su mismo juicio, de algún elemento necesario ó importantísimo para conseguir en esa form

la felicidad terrenal, que la imposición del matrimonio como obligatoria repugna á la conciencia y contradice el criterio de la ilimitada libertad con que se debe proceder en asunto tan delicado y tan personalísimo.

El Código de Méjico ha debido de comprenderlo así al anular las condiciones en que se imponga obligatoriamente un matrimonio.

En cambio, el nuestro no se ajusta al verdadero rigor de los principios. A falta del art. 793, nosotros entenderíamos que la condición de casarse era obligatoria por lo dispuesto en el 792, como contraria á las buenas costumbres, en el sentido que necesariamente ha querido darse á esta palabra. Pero cuando se ha traído á un artículo especial las condiciones relativas al matrimonio, para prohibir en particular la de no casarse, hemos de considerar tácitamente permitida la de casarse, y en contradicción, por lo tanto, con el principio de no ser válidas las condiciones contrarias á las buenas costumbres.

Ahora bien: es indudable que no sólo la condición genérica de casarse, sino la específica de casarse con persona determinada, es igualmente válida en el Código. Podrá, pues, un testador, sin inconveniente, hacer la institución diciendo: «*nombro mi heredero á Pedro si se casa con Juana*», y sólo en el caso de realizarse la condición podrá ser heredero Pedro; salvo que se tratase, por ejemplo, de una mujer *libre*, en cuyo caso se anularía por contraria á las buenas costumbres.

b) Condición de no casarse.—El Código la declara nula, respetando la doctrina tradicional que hemos expuesto. Argumentando de la misma manera que en la condición de contraer matrimonio, si poderosos motivos hay para permanecer soltero, poderosos puede haberlos también para decidirse al estado matrimonial; aparte de que la generalidad del hecho y de la conveniencia de la unión conyugal mantienen justamente la respetabilidad concedida por las antiguas y las nuevas leyes al propósito de casarse.

Habrá á veces cierto peligro en hacer nula la condición de no casarse, del mismo modo que la hay en declarar válida la de contraer matrimonio. Obligar á casarse al que no quiere ó no puede buenamente hacerlo, atenta á los motivos individuales de tan grave determinación y expone al daño de una vida conyu-

gal desdichada. Del mismo modo, permitir el matrimonio á aquella persona á quien el testador quería sustraer de él, cuando probablemente esta voluntad tenía fundamento en un juicio exacto de la ineptitud del heredero para la vida matrimonial, contradice un propósito injustificado y origina un considerable peligro.

No censuraremos, sin embargo, al Código por esto. En la imposibilidad de penetrar motivos tan íntimos como los que entran en estos intentos y determinaciones, el Código obra muy bien manteniendo el rigor de los principios. Por otra parte, no es lo mismo obligar á casarse al que no estaba en condiciones de hacerlo, que dejarle en libertad de decidirse ó no á un acto transcendental; en este último caso, siempre resulta que es la libertad del individuo y no directamente la ley la que produce el daño.

El Código distingue entre las primeras y segundas nupcias. Respecto de las primeras, anula siempre la condición; permite, en cambio, que el difunto consorte ó sus ascendientes ó descendientes impongan al viudo la prohibición de contraer segundo matrimonio. Es tan sublime el cariño de los cónyuges, tan estimable la consideración del superviviente para con el difunto, tan natural y tan legítimo en todo caso, que al término de la vida conyugal trate el individuo de dejar un monumento á su memoria hasta en la fidelidad moral de ultratumba, que la obligación de la viudez impuesta al otro cónyuge, rasgo en el fondo de egoísmo, pero purificado y abrillantado por los destellos del amor, aparece noble y simpática y se sobrepone á la sequedad de las leyes.

Tres particularidades dignas de mención contienen respecto del nuestro, el italiano por una parte y el portugués por otra.

En el Código de Italia la condición de no contraer segundas nupcias puede ser impuesta por el cónyuge difunto, pero no por sus ascendientes ni descendientes. Es duro indudablemente, en rigor de principios, que pueda uno de estos ascendientes imponer al cónyuge de su hijo condiciones que el mismo hijo no puso, en un asunto como el de la fidelidad y el amor de los cónyuges, que no parecen susceptibles de conservación sino en seno mismo, íntimo y estrecho, de la unión conyugal. Sin embargo, es muy lógico que el ascendiente ó descendiente del difunto que guarda la consideración al cónyuge sobreviviente

hacerle heredero de sus bienes, en memoria del hijo ó padre á quien idolatraron en vida, requieran también en dicho cónyuge la conservación de la fidelidad moral y material hacia el difunto.

Pide también el Código italiano que el cónyuge que imponga esta condición haya heredado al que debe sufrirla. Así al menos interpretan los comentaristas la frase «disposicion testamentaria» que usa el art. 850 de aquel Código. Es decir, que no basta con el usufructo concedido al viudo por la ley para que la condición le pueda ser impuesta, sino que ha de haber además una disposición exclusivamente voluntaria en el cónyuge difunto. No censuraremos tampoco á nuestro Código por la omisión de este particular, porque, en primer término, la ley debe considerar bastante la cuota usufructuaria para fundar en ella la pretensión de la viudez, y, en segundo lugar, porque, si no se determina la cuantía de la disposición testamentaria que requieren los comentaristas italianos, pudiendo, por lo tanto, consistir en un objeto ó parte insignificante de la herencia, es poco menos que absolutamente inútil la obligación pretendida.

Por su parte, el Código de Portugal establece, en el artículo 1.808, que pueda imponerse la condición al viudo en todo caso y á la viuda solamente cuando tenga hijos. Es de suponer que esta condición tiene fundamento en la mayor dificultad que ofrece la viudez en la mujer que en el hombre y acaso también en la consideración de los peligros á que seguramente se presta la viudez obligatoria de la primera. Pero, ó entendemos que no debe ser nunca válida la condición de viudez, en atención á los peligros de vida deshonesta del cónyuge sobreviviente, peligro análogo al de que tan vivamente se va resintiendo la sociedad española por la limitación de los derechos pasivos de orfandad al tiempo en que las huérfanas permanecen solteras, ó sostenemos la igualdad de situación para el viudo y para la viuda, puesto que en realidad aún tiene más justificación la condición de viudez impuesta á la mujer por el hombre que la impuesta al hombre por la mujer, por la misma razón de que cierta clase de licencias son más ó menos transcendentes y más ó menos vituperables, según que es uno ú otro el sexo de quien las comete.

Se nos ocurre la dificultad de si los descendientes á que

se refiere el Código podrán imponer la condición de viudez al cónyuge superviviente siendo éste también ascendiente suyo; esto es, si el hijo huérfano de padre puede someter á viudez á su propia madre. El Código no hace distinción, como no la hace el de Portugal; pero el giro sintáxico del artículo autoriza para opinar que no sea posible el hecho de que se trata, puesto que se refiere á los *descendientes de éste,* cuando habla del difunto consorte, como si tratase de excluir á los descendientes del viudo ó viuda. Esta conclusión es además tan natural, mientras que la contraria suscita una repugnancia tan viva, que bien podemos inclinarnos á esa interpretación.

c) Formas especiales de la condición de no casarse.—1.ª Tenemos una primeramente en el párrafo 2.° del mismo art. 793. «Podrá, dice, legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación, ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.» Estaba admitida ya en las doctrinas antiguas esta excepción, que en sus términos gramaticales ha sido casi literalmente copiada del art. 850 del Código italiano.

Si se estudia en el terreno práctico esta disposición, resulta que toda la doctrina sancionada en el párrafo 1.° viene á tierra, y toda se reduce á juego de palabras, por cuanto le basta al testador, cónyuge ó extraño del heredero, en vez de instituirle como tal directamente, con condición de no casarse, dejarle los bienes en forma de legado, durante el tiempo en que se encuentre soltero ó viudo, según el caso.

Sólo se salva esta disposición en la esfera de los principios. Allí, evidentemente, son muy distintos el caso de disponerse de unos bienes á condición de que no se case el heredero, y el de establecer una pensión en su favor para que con ella se sostenga y viva durante el tiempo del celibato. Lo primero es un acto de autoridad contra las buenas costumbres; lo segundo es un acto de puros auxilios y benevolencia á una persona desvalida. Por tal le tenían los tratadistas antiguos, limitándose expresamente al caso de las mujeres solteras, en quienes puede producirse muchas veces la triste situación á que se trata de atender.

Estamos delante de una lucha de intereses encontrados igualmente respetables. La libertad en la elección del matrimonio por una parte, el respecto á la desgracia por otra. El párr

primero del artículo atiende al interés moral; el párrafo segundo al interés material. Pero el legislador ha debido advertir la inconsecuencia de sus disposiciones y expresarse con la necesaria precisión; primero, limitando á las mujeres solteras el caso de la excepción introducida; segundo, autorizando para que se entendiera, en todo caso, que si la disposición testamentaria, dadas las condiciones y circunstancias del heredero y el propio lenguaje del testador, envolvía la condición de no contraer matrimonio, se considerase ésta como no escrita, y permitiera al heredero disfrutar los bienes ó recibir la pensión durante toda la vida. A este último extremo nos inclinamos de todas maneras, creyendo que el heredero á quien se favorezca en la forma indicada por el Código, podrá convertir la disposición de temporal en vitalicia, demostrando que el testador trataba de impedirle el matrimonio; si bien es de advertir que no podemos apoyar esta opinión en otra ya expuesta, por no haber dado otros comentaristas importancia á este precepto de la ley.

2.ª La de no casarse con determinada persona ó en determinado lugar. Teóricamente debe distinguirse el caso en que la restricción impuesta por el testador sea ligerísima, de aquel otro en que, por el contrario, se confunda con la absoluta prohibición de contraer matrimonio.

Es doctrina recibida en esta materia, con poca ó ninguna contradicción, la de la ley 63 del Digesto, *de cond. et dem.* «*Cum ita legatum sit: si Titio non nupserit, vel ita: si neque Titio, neque Seio, neque Mevio nupserit; et denique si plures personae comprehensae fuerint: magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum; nec videri tali conditione viduitatem iniunctam, cum alii cuilibet satis commode possint nubere.*» Si un legado se hiciera en esta forma: «si no se casase con Ticio», ó en esta otra: «Si no se casase con Ticio, ni con Seyo, ni con Mevio,» lo mismo que si fueran comprendidas más personas, parece oportuno que casándose con cualquiera de ellas pierda el legado, porque no parece que esto constituye una condición de viudedad, cuando se permite que pueda cómodamente ntraerse matrimonio con otra cualquiera persona.»

Decimos que esta doctrina se halla recibida porque lo está, efecto, por los comentaristas italianos, y hasta por la jurisprncia, así como lo estaba unánimemente por nuestros antiguos

tratadistas. Pero nosotros nos permitimos creer que éste es un punto á discutir en cada caso práctico, y que desde luego la mayor ó menor extensión dada por el testador á su propósito constituye un elemento poderoso para decidirse por el lado de la validez unas veces y por el de la nulidad otras.

Es indudable que si el testador limita mucho las condiciones de la mujer con que permite casarse á su heredero, como si, siendo éste feo y pobre, le impusiera la condición de casarse con mujer hermosa y millonaria, ó con una aristócrata, ó más determinadamente, con una condesa, ó más todavía, con una condesa de tales ó cuales señas, del mismo modo que si, viviendo en un pueblo pequeño, sin afición ni medios para viajar, le impidiere casarse con mujer española, debe entenderse que en todos estos casos, si no la prohibición teórica de casarse, hay una verdadera prohibición de hecho. Colocados nosotros en el rojo asiento de los magistrados, aplicaríamos sin vacilación á estas condiciones el precepto del art. 793, y descansaríamos luego muy tranquilos, con la tranquilidad que da la convicción de haber obrado la justicia.

En resumen, la condición de no casarse con persona ó en lugar determinados es válida en principio, por cuanto no supone la inmoral prohibición de unirse en matrimonio. No debe ni puede serlo, en cambio, cuando por su extensión excesiva en relación con las cualidades del heredero venga á implicar de hecho una verdadera prohibición.

3.ª Condición de vivir honestamente.—Nuestros tratadistas se han ocupado mucho de esta cuestión, y principalmente Covarrubias, Molina, Sala y el maestro Antonio Gómez. Todos estos autores coincidían en que el marido ó el hijo podían imponer á la mujer esta condición ¿Podrán también hoy imponerla el cónyuge, los ascendientes y descendientes, en los mismos términos que la condición de no casarse? ¿Podrá imponerla el extraño que nombre heredera á una mujer?

Para nosotros ésta es cuestión completamente decidida en el artículo 792. No pueden imponerse condiciones contrarias á las buenas costumbres; luego pueden imponerse las favorables, mismo cuando se trate de un próximo pariente, que cuando testador sea un extraño. Queda la dificultad de la prueba, inmoralidad de cierta clase de investigaciones en la conducta

la mujer. Á cambio de esto queda también la acción de injuria, y á veces la de calumnia, contra quien indebidamente, ó por lo menos sin suficientes pruebas, ponga en duda la honestidad de la mujer. Por otra parte, los litigios ó los procesos en que juega papel el adulterio de la mujer, las medidas para la comprobación de la legitimidad del parto de la viuda, las investigaciones de la maternidad y otros asuntos permitidos por la ley, no se diferencian mucho en inmoralidad y en riesgo de perjuicios.

B) Herencias y legados captatorios.—Llámanse captatorios, dice Heinecio, los que se dejan á otro con la condición de que éste le deje también á él alguna cosa; por ejemplo: «Doy, lego á Pedro 1.000 florines á condición de que él me legue á mí otros tantos...» «No habiendo, pues, cosa más fea que este legado, fundadamente lo dieron por nulo las leyes. La razón es la insigne maldad de los capta-herencias...» En efecto: los jurisconsultos romanos se pronunciaron en este sentido, y una resolución llevada al *Codex*, un Senado-consulto, los prohibió rotundamente.

No había hablado de estas disposiciones testamentarias el proyecto de Código de 1851; pero en el Código vigente se les ha dedicado el art. 794. Es este artículo copia exacta del 3.390 del de Méjico y del 1.809 del de Portugal, diferenciándose sólo del 852 del Código de Italia en que mientras en éste se prohiben sólo las condiciones con que trata de favorecerse á sí mismo el testador, en todos los demás se prohiben también las en que trata de favorecer á otras personas.

Tienen estas disposiciones mucho parecido con el antiguo testamento mancomún que dejamos estudiado en el art. 669; pero existe la diferencia de que mientras este testamento, ya prohibido, era un acto noble, una prueba de afecto recíproco, el en que se deja bienes á otro con la condición de que éste se los deje á él y, por lo tanto, con la mira puesta en el beneficio que puede resultarle del fallecimiento previo de la persona á quien instituye, no puede fundarse nunca sino en un deseo de aprovecharse de los bienes ajenos, teniendo en cuenta que si el favorecido muriera después, la institución no podría aprovecharle, caso de ser la condición válida, por ser imposible conocer hasta después de su fallecimiento si la condición sería ó no realizada.

Estamos, pues, conformes con la doctrina del Código, cuya claridad, por otra parte, hace innecesaria toda explicación.

C) Condiciones de juramento.—La *ley 6.ª, tit. IV, Partida 6.ª* declaraba que habría de tenerse por no puesta la condición de jurar el heredero que daría á Fulano tantos maravedís ó tal viña ú otra cosa semejante; pero que, sin embargo, había dos casos en que de todas maneras convenía que el heredero jurase. Uno el de jurar el siervo que daría á algún hombre determinada cosa como condición para obtener la libertad. Otro el de que, estableciéndose por heredero al común de una villa, se le mandare jurar que daría ó haría determinada cosa.

Mencionamos la disposición de esta ley á título de curiosidad histórica, pero sin conceder ninguna importancia á su doctrina en el derecho moderno. Disminuída notabilísimamente en nuestra época la importancia del juramento, sería extraño que en la práctica apareciesen estas condiciones obligatorias de jurar.

***

Efectos de las condiciones imposibles.—Uno de los motivos célebres que originaron las diferencias entre la escuela de Sabino y la de Próculo, fué el efecto de las condiciones imposibles, considerando los primeros que se las debía considerar como no escritas, y los segundos que debían viciar la institución.

Es, en efecto, un principio de derecho en materia de obligaciones el que se establece en el art. 1.116 del Código, de que las condiciones imposibles, las contrarias á las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. Pero hay entre los contratos y los testamentos una diferencia que Heinecio explicaba sencilla y elegantemente en el siguiente párrafo: «La condición imposible se considera no puesta. Existe un ejemplo de esto en *Petron. Satyric. p. 157*, donde Eumolpo había instituído herederos de este modo: «todos aquellos á quienes en mi testamento se le deja algo, excepto mis hijos, lo percibirán con la condición que les impuse, á saber: haciendo pedazos mi cuerpo y comiéndole á presencia del pueblo.» De aquí es que los herederos podían percibir sus porciones a que no comieren bocado tan delicado.

Es digno de notarse que no sucede lo mismo en los contra en donde puesta una condición imposible, no se entiende qu

hay, sino que vicia el contrato. § *10. Inst. de inst. stipul.* La razón no es obscura, pues el testamento es un acto unilatral, y el heredero nunca consiente en la condición imposible; lo que no sucede en los contratos, que como actos bilaterales, requieren el consentimiento de ambos. Por tanto, los que consienten en la condición imposible, ó no están en su sano juicio, ó se burlan; y ni en uno ni en otro caso puede valer el contrato.

Esta cuestión en teoría es excesivamente discutible. Justiniano la resolvió en favor de Sabino y sus discípulos, pero no pudo evitar la aplicación del principio contrario en algunos casos, como el de las condiciones de tiempo presente ó pasado, que se declaró que anulaban la institución. En nuestras mismas leyes de Partida, mientras en general se consideraron como no puestas las condiciones imposibles, se declaró que las imposibles de hecho anulaban la institución; y lo mismo las imposibles por ambigüedad.

En puridad, salvo en lo referente á las condiciones metafísicamente imposibles, cuya imposibilidad puede presumirse que conocía el testador, queda siempre la duda de si al señalar éste la condición sabía ó no que era imposible por alguna causa, y la de si la institución se hubiera hecho en el supuesto afirmativo.

Razones hay para pensar que son dos cosas independientes en este caso la institución y la condición, y que, por el contrario, se hallan íntima é inseparablemente unidas. Pero no creemos oportuno entrar en más amplias explicaciones, porque de cualquier modo, el texto del Código es clarísimo. Todas las condiciones imposibles se tienen por no escritas, incluso las de hecho y las relativas á acontecimientos presentes ó pasados.

ART. 795. La condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador.

Exceptúase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse.

Concordancias.—Igual al art. 710 del proyecto de 1851 y al 882 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 7.ª, tít. IV, Partida 6.ª*—Possibles condiciones son llamadas en latin aquellas que son en poder de los omes de las cumplir. E esto seria como si dixesse el testador: quiero que fulano sea mio heredero, si me fiziere vna eglesia o vn hospital en tal logar. O si dixesse, establezco mio heredero a fulano si no fiziere tal cosa, diziendola señaladamente. O si dixesse, fago mio heredero a tal ome si diere cient maravedises a tal eglesia o si no diere tal castillo a fulano ome. E tal establescimiento que es fecho so alguna destas condiciones sobre dichas: vale si se cumpliere la condicion. Pero aquel que fuesse establecido so tal condicion que non fiziesse alguna cosa señaladamente: este atal ha menester que de atal recabdo que sean seguros que non faga aquello que le defendio el testador. E si esto non quisiere fazer non deue auer la herencia en que era establescido por heredero.

ART. 796. Cuando la condición fuere casual ó mixta, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa.

Si hubiese existido ó se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida.

Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

Concordancias.—Igual al art. 712 del proyecto de 1851 y al 883 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 8.ª, tít. IV, Partida 6.ª* Casuales condiciones son llamadas aquellas, que non son en poder de los omes que las cumplir: mas que acaescen por auentai

E esto seria, como si dixesse el testador: Establezco a fulano por mio heredero, si llouire oras, o si fiziere sol e dia claro sin nublo. Poniendo el fazedor del testamento tal condicion como esta, o otra semejante della, que fuesse puesta a mas alongado tiempo, o a menor, non puede este atal entrar la heredad del testador, nin ser heredero, a menos de ser cumplida primeramente la condicion. Pero casuales condiciones y a, que son de tal natura, que maguer sean puestas, non embargan el establescimiento del heredero. E esto seria como si dixesse el testador: Establezco a fulano mi heredero, si oras nasciese el sol, o si dixesse: Fago mi heredero a tal ome si muriese, non señalando fasta que tiempo. Esto es por razon que tales condiciones como estas, tan sin dubda son, e tan ciertas, que en todas guisas son. E por ende duego que son puestas, vale el establescimiento del heredero, e non se embarga, nin se aluenga por ellos.

Ley 9.ª, tit. IV, Partida 6.ª—Mezcladas condiciones son llamadas aquellas, que en parte cuelgan del poder de los omes e en parte estan en auentura. E esto seria como si dixesse el fazedor del testamento: establezco por mi heredero a fulano que ydo a vltro mar, si tornare aqui a morar a esta tierra. E tal condicion como esta en parte es en poder deste heredero a tal. Ca puede logar algund nauio en que venga, e en parte esta en auentura. Ca maguer lo el alogue, puede acaescer peligro en la venida. E si el heredero que assi era establecido fuesse de los descendientes de aquel que establesciesse, valdria el testamento, maguer non se cumpliesse la condicion, mas si fuesse estraño non valdria a menos de ser cumplida.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 795 Y 796.—*Clasificación de las condiciones por la voluntariedad del cumplimiento.*—Ha pasado al Código, en estos dos artículos, como á las obras de todos los comentaristas modernos, la antigua clasificación de las condiciones en potestativas, casuales y mixtas.

«*De las condiciones que pueden ser, algunas y a ellas, que son en poder de los omes para cumplirlas. E otras y a, que son en auentura, si seran o non. E otras y a, que son mezcladas, que en parte cuelgan del poder de los omes, e en parte estan en auentura.*» Ley 1.ª, tit. IV, Partida 6.ª

No se necesita negar ni poner en duda la voluntad ni la li-

bertad moral del individuo para reconocer en su actividad la sujeción á muchas clases de limitaciones, hasta en los actos más sencillos. Ponen las Partidas por ejemplos de condición potestativa las siguientes: «si diere cien maravedis á tal iglesia;» «si me hiciere una iglesia ó un hospital en tal lugar.» Ponen por ejemplo de condición mixta esta otra: «establezco por mi heredero á Fulano, que se halla en Ultramar, si torna á morar en esta tierra.» Tal condición como ésta, dicen, refiriéndose á la mixta, en parte se halla en el poder del heredero, porque puede buscar navío en que volver, y en parte depende de la aventura, porque puede suceder alguna desgracia al barco buscado. Pero no advirtieron los legisladores de las Partidas, influidos por el peso de la doctrina tradicional, que la construcción de un monumento á la memoria del difunto es en parte potestativo del heredero, porque puede desde luego buscar un arquitecto que erija el monumento, pero depende en otra parte de la aventura, ya que, aparte de otras causas, puede ocurrir el fallecimiento del heredero en el tiempo necesario para la construcción.

Los actos más sencillos requieren condiciones físicas que pueden faltar en un momento determinado y también de una manera perpetua. Leer un libro necesita de la vista; oir á un cantante necesita del oído; recorrer una distancia á pie necesita del vigor de los músculos. La condición menos importante de las que dependen de la voluntad del heredero puede quedar incumplida por la circunstancia de hecho superior á esta voluntad.

El Código, repetimos, acepta la clasificación de las condiciones en potestativas, casuales y mixtas. Para poder estudiar con alguna fijeza esta materia, en la que los tratadistas andan llenos de contradicciones, al determinar por quién han de cumplirse y en qué extensión las condiciones de que se trata, necesitamos rectificar un tanto las definiciones. Entendemos por *potestativas* aquellas que dependen de la voluntad del obligado y de los requisitos físicos necesarios para la realización del hecho; por *casuales* aquellas que verdaderamente se sujetan á la aventura, sin que la volunad del heredero sea parte ni para cumplirlas ni para evitarlas; y por *mixtas* las que dependen de la voluntad del heredero, de igual manera que las potestativas, y al propio tiempo de la voluntad de una tercera persona.

Serán, pues, potestativas todas las que, como hemos visto, es-

sideran las Partidas unas veces como potestativas y otras como casuales, quedando el calificativo de mixtas para las en que interviene un tercero de cuya voluntad depende más ó menos su realización. Hemos de ver que el Código hace necesario este criterio y en todo caso que es el único en que se puede determinar en forma bastante precisa los efectos de cada una de estas condiciones.

* * *

Quién debe cumplir las condiciones y cuándo.—Por lo que hace á la condición puramente potestativa, dispone el art. 795 que ha de cumplirse por el heredero ó legatario. En cuanto á las casuales ó mixtas el art. 796 se limita á decir que habrán de realizarse, sin indicar por quién.

Es indudable que nadie puede sustituirse á la persona del heredero ó legatario en el cumplimiento de las condiciones potestativas. De poca importancia es la duda de si podrían cumplirse por otras personas, los herederos del heredero ó simplemente un extraño, porque refiriéndose siempre, en el pensamiento del testador, como en las propias palabras del testamento, á un movimiento ó acto propio del mismo heredero ó legatario, la voluntad del testador quedaría incumplida por la sustitución de personas.

En buena teoría, de haber de resolverse esta cuestión por pronunciamientos de principio, podría y debería distinguirse si la intención del testador se refería más al hecho en sí que á la obligación del heredero. Fácil es imaginar casos en que la voluntad testamentaria podría considerarse de todo punto cumplida, aun sin acto alguno de heredero, en la condición puramente potestativa impuesta al mismo. Las Partidas mismas nos dan el ejemplo hecho: «nombro heredero á Fulano si dedica un monumento á mi memoria.» Si resultara entonces que una tercera persona, de acuerdo ó sin acuerdo con el heredero, se apresuraba á construir por su propia cuenta el monumento leado por el testador, realizado ya, por consecuencia, el deseo ue se manifestaba por éste, ¿no parece que el heredero debía quedar *ipso facto* dispensado de la obligación? Es claro que la uplicidad de monumentos en este caso no constituye una carga

para el heredero mayor de la que en el testamento se le impuso; pero es lógico tener por voluntad presunta del testador que, de satisfacerse su deseo por acto de otra persona, quedara dispensado de la obligación el heredero.

Ningún Código, ni tampoco ningún tratadista, presentan esta importante dificultad. Tenemos nosotros, sin embargo, por cosa clara é indiscutible, siempre con vista del respeto supremo á la voluntad del testador, que el cumplimiento de las condiciones puramente potestativas no debe ser obligatorio para el heredero, sino en defecto de su cumplimiento por otra persona, salvo que la condición sea personalísima del instituído. Pero es de advertir que esto no pasa de aspiración legítima, porque el precepto del Código es suficientemente preciso para que deba interpretarse siempre como necesario personalmente en el heredero el cumplimiento de la condición.

Sin necesidad de que el Código lo declare, se comprende que la realización de las condiciones casuales no pertenece á la actividad propia del heredero. Estas condiciones casuales pueden suponer la concurrencia de una tercera persona. Casual es, en su más riguroso sentido, una condición ajena á toda idea de personalidad, por ejemplo: «si la cosecha de trigo fuera buena», «si los árboles florecieran en el mes de Febrero», «si apareciese durante el presente año en esta corte la aurora boreal.» Pero como el término casual se contrapone al potestativo, por depender aquél de hechos extraños á la voluntad y á la actividad del sustituído, para que esta circunstancia concurra basta simplemente con que se trate de hechos de un tercero exclusivamente; por ejemplo: «nombro heredero á López si su amigo Pérez concluye la carrera.» Este hecho en sí es de carácter potestativo para Pérez, pero constituye una verdadera y propia condición casual para López. Poco importa, pues, que el heredero instituído tome ó no alguna participación hasta donde racionalmente le sea posible en la realización del acontecimiento condicionante; el acontecimiento se considera de todos modos extraño al heredero y se entiende siempre cumplido sin su intervención.

Las condiciones mixtas, que se deben en parte á la voluntad del heredero y en parte á hechos ú omisiones de una tercera persona, es claro que participan en general de los caracteres

las potestativas y de las casuales; pero, para los efectos legales, importa solamente su parte potestativa. Aun sin decirlo el Código, debemos por lo mismo considerar que han de ser cumplidas por el heredero. Si, pues, el testador alude á la vez á un acto del heredero y á otro de una tercera persona, como en el ejemplo típico de la condición mixta: «nombro heredero á Juan si se casa con Manuela»; lo que jurídicamente nos importa es que Juan se case, porque del matrimonio de Manuela con otro sujeto no se deduce consecuencia alguna favorable á la eficacia de la institución hereditaria.

Veamos ahora en qué época han de cumplirse estas condiciones.

La condición puramente potestativa impuesta al heredero—dice el art. 795 -ha de ser cumplida por él una vez enterado de ella, *después de muerto el testador*. La condición casual ó mixta —dice el art. 796—bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, *vivo ó muerto el testador*, después de ser el testamento otorgado.

Rige en esta materia el principio de que aquello que debe hacerse en cumplimiento de la voluntad del difunto y por vía de obediencia á ella, ha de ser posterior á la apertura de la sucesión, esto es, al fallecimiento del causante de la herencia, por lo mismo que hasta entonces no existe de derecho el acto testamentario. Por eso se establece en el art. 795 que la condición potestativa ha de cumplirse después de la muerte del testador. En cambio, se considera que lo que no constituye ese acto personal de obediencia á la voluntad del mismo, como las condiciones casuales, es indiferente que se realice antes ó después de su fallecimiento; y el Código, atendiendo esta consideración, permite que se realicen eficazmente en ambas épocas.

Este mismo criterio se aplica á las condiciones mixtas, por más que, definidas de un modo ó de otro, siempre resultan dependientes, en mayor ó menor grado, de la voluntad del heredero, y, por lo tanto, actos de obediencia á la del testador, que sólo son posibles jurídicamente después del fallecimiento del mismo.

Conviene ahora recordar que las condiciones para lo futuro pueden ser de tres clases, en relación con la época de su cumplimiento. La *ley 91* del *Digesto, de cond. et dem.* lo explica de

este modo: «*Conditionum quae in futurum conferantur, triplex natura est ut quaedam ad id tempus quo testator vivat quaedam ad id quod post mortem eius futurum sit quaedam ad alterutrum pertineant: ...ut haec conditio: «Titiae si mihi nupserit», non dubie nisi vivente testatore; illa autem, si ad exequias funeris mei venerit, nisi post mortem impleri non possit.*» «Las condiciones relativas á lo futuro son de naturaleza triple, pudiendo referirse al tiempo en que el testador viva, al posterior á la muerte de éste, y á los dos á la vez. ...Así, la condición «si Ticia se casare conmigo», se refiere al tiempo en que vive el testador, y la de «si viniese á mis funerales», no puede cumplirse sino después de su muerte.»

Resulta así que hay condiciones que sólo pueden ser cumplidas una vez, bien sea antes, bien después del fallecimiento del testador, y otras que pueden cumplirse varias veces, que se llamaban en latín promiscuas, y que podemos también llamar reiterables.

Las condiciones no reiterables, que sólo pueden cumplirse una vez, se admite también en el Código, siendo potestativas, que tengan eficaz cumplimiento antes de la muerte del testador. «Se exceptúa, dice el art. 795, el caso en que la condición ya cumplida no pueda reiterarse.» Si se hubiera de ser lógicos con los principios, cosa que no ocurre siempre, por desgracia, en el Derecho, por impedirlo á veces consideraciones de hecho poderosas, habría de distinguirse aquellas condiciones potestativas que necesariamente debían cumplirse en vida del testador, como la del ejemplo del *Digesto*: «*Titiae si mihi nupserit*», de aquellas otras que podían haberse ó no cumplido según las circunstancias. En las primeras, el testador da ya por supuesto que la condición se cumpla antes de su muerte; en las otras, por el contrario, es presunción de ley que la intención del testador afectaba al tiempo posterior á su fallecimiento. Sería, sin embargo, muy duro que, por sostener el rigor de las doctrinas, decayese el derecho del heredero, no obstante haber ajustado su conducta á la voluntad del difunto. En cuanto á las casuales y mixtas, no hay cuestión, por poderse cumplir eficazmente en cualquiera épo según decide claramente el Código.

Pero venimos refiriéndonos implícitamente, como tiempo cumplimiento de las condiciones, al posterior á la otorgación

testamento. Antes de ésta, no hay voluntad testamentaria que cumplir.

Sin embargo, el Código, en el art. 796, hablando de las condiciones casuales y mixtas, las da por cumplidas, aun antes del otorgamiento, en dos casos:

1.° El de que el testador ignorase haberse realizado, siendo ó no siendo reiterables.

2.° El de que lo conociese, pero la condición no se pudiese reiterar.

Advirtiendo de pasada que este precepto es una confirmación de nuestra creencia de no perder las condiciones su carácter de tales por referirse á hechos pasados, es de notar también que el artículo 795 no establece expresamente la misma doctrina para las condiciones potestativas. Sin embargo, su aplicación parece indiscutible, por cuanto dispone dicho artículo que cuando la condición no es reiterable, puede cumplirse antes del fallecimiento del testador, sin distinguir en qué tiempo. Puede ocurrir que conociendo ya el testador la realización de un hecho no reiterable, como, por ejemplo, el orden eclesiástico, le estableciese como condición; pero en este caso, cuando no la analogía con lo dispuesto para las casuales, tendríamos una condición imposible de hecho, que se consideraría como no escrita, quedando á salvo, por lo tanto, el derecho del heredero.

***

Realidad del cumplimiento de las condiciones.—Para poder formar idea exacta de la situación de este asunto, necesitamos exponer previamente la que tenía al publicarse el Código. Necesitamos de la misma manera aplicar el concepto que tenemos formado de cada una de las tres clases de condiciones potestativas, casuales y mixtas. Por seguir los autores haciendo uso de las definiciones antiguas, cuya falta de precisión hemos comprobado, caen en tan lamentables confusiones, lo mismo que nuestra legislación antigua, que es imposible verdaderamente hacerse cargo de los puntos de vista fundamentales de que parten. Podría aún decirse mejor que carecen de criterio fijo en lo fundamental y que juzgan de la naturaleza y consecuencias de cada caso práctico por impresiones momentáneas y particulares.

Hablemos primero de las condiciones casuales, por no haber existido nunca en cuanto á ellas verdadera dificultad. Refiriéndonos por ahora solamente á las dependientes del acaso, sin intervención de una tercera persona, teníamos ya la *ley 19* del *Digesto, de cond. et dem.*, en la que se declaraba la necesidad de que fueran realmente cumplidas para que la disposición surtiere efecto, porque el testador nada esperaba en ellas de la actividad del heredero. Así también la *ley 12, tit. XI* de la *Partida 5.ª*, poniendo por ejemplo de condición casual: «si tal nave viniere de Marruecos á Sevilla», determinaba que de acaecer el hecho, valdría la disposición; pero no en el caso contrario. Sobre esto no hay ni puede haber cuestión.

Siguen á éstas las potestativas no dependientes de la voluntad de una tercera persona Aquí se empieza á distinguir entre lo que llaman los autores cumplimiento real y cumplimiento legal interpretativo ó ficticio. Las leyes del Digesto y las de nuestras Partidas adolecían ya en este punto de grave confusión. Basta repasar la *ley 14, tit. IV*, y la *22, tit. IX de la Partida 6.ª*, para advertir la falta de fijeza de pensamiento con que se redactaron.

Desde luego, el rigoroso principio de la necesidad del cumplimiento de la condición había sufrido grandes atenuaciones. Trabajándose el heredero, dicen, de cumplir la condición cuanto pudiere y no cumpliéndose por ocasión de aventura y sin su culpa, vale la manda como si la condición fuese cumplida. Si no la cumple, dice en otro lado, por alguna ocasión que acaece, de manera que no consista en él la falta de cumplimiento, valen el establecimiento de heredero ó la manda. Resulta así, en general, el extraño principio, confirmado [nada menos que por una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1865, de que el heredero hace suyos los bienes, á pesar de no haber cumplido la condición, cuando esta falta de cumplimiento no ha dependido de su voluntad.

Pero la vacilación de las Partidas es notoria. Toman como ejemplo la condición impuesta al heredero de libertar á su siervo y declaran en general que si el siervo se murió antes de libertarle, ó si impidieron la manumisión cualesquiera otras causas sobrevenidas en la persona del heredero ó en la del citado siervo la herencia tiene efecto. Pero distinguen en seguida el caso

que este incumplimiento consista en el hecho de un extraño, como el de ser el siervo asesinado; y establecen, sin dar razón alguna poco ni mucho satisfactoria, que en este caso no vale la manda. Gregorio López explica esta diferencia fundándose en la acción que queda al heredero para pedir indemnización al asesino, y hasta sostiene que, en caso de insolvencia de éste, puede declararse por equidad la validez del legado. Pero ni esta explicación ofrece apoyo suficiente para un ligero convencimiento, ni es esta sola la contradicción de las Partidas.

Tratan, en efecto, á continuación de las condiciones verdaderamente mixtas, presentando el ejemplo de que se mande á Fulano 1.000 maravedises si se casa con tal mujer. Después de haber declarado en la ley 21 que las condiciones que requieren la voluntad de un tercero, citando el mismo ejemplo del matrimonio, se tienen por cumplidas siempre que el heredero ó legatario trabaje lo posible, con buen ó mal éxito, para cumplir la condición, declara que si la falta de cumplimiento ocurriera por alguna ocasión que la produjese, la manda no valdría; como, por ejemplo, si alguno de ellos muriera antes de casarse. Esto, por otra parte, contradice la conclusión sentada en el ejemplo del siervo, puesto que la muerte natural de éste equivale al cumplimiento de la condición, al contrario que la muerte de la mujer con que se requería el matrimonio del heredero.

Justo es indicar que todos estos ejemplos y todas estas conclusiones procedían del derecho romano y principalmente del Digesto. Se referían, pues, á casos particulares de consulta que los jurisconsultos romanos habían decidido unas veces de un modo y otras de otro, y nadie se había dedicado desde entonces, ni legisladores ni tratadistas, á formular principios generales, sobreponiéndose á las circunstancias de puro hecho de cada caso práctico. El primer ejemplo en nuestra patria de una decisión clara acerca del cumplimiento interpretativo de las condiciones casuales y mixtas ha sido el de la citada sentencia del Tribunal Supremo, que, cortando por lo sano respecto á toda clase de condiciones voluntarias total ó parcialmente en el heredero, se pronunció en sentido favorable á éste, haciendo aplicación de los principios generales que rigen en materia de obligaciones, y equiparando la situación del heredero á la de toda persona obligada á dar ó hacer alguna cosa, libre siempre de responsabili-

dad por incumplimiento con sólo acreditar que puso en obra la diligencia propia de un buen padre de familia.

Al publicarse el Código, por consecuencia, no obstante la aparente seguridad con que trataban los autores la cuestión del cumplimiento interpretativo de las condiciones, la dificultad quedaba en pie. ¿Qué criterio habremos de seguir nosotros, por lo tanto, y hasta qué punto podemos admitir el cumplimiento interpretativo de las condiciones potestativas ó mixtas? El Código guarda silencio impenetrable, lo mismo que todos los demás del extranjero. En Italia, los tratadistas hacen aplicación del artículo 1.169 de su Código, propio de la materia de obligaciones, en el que se establece que la condición se tiene por cumplida cuando el deudor impide su cumplimiento; é interpretando este artículo con vista de varias fórmulas del Digesto, llegan á las tres siguientes conclusiones:

1.ª La condición se tiene por cumplida cuando la persona á quien resulta favorable renuncia á este favor.

2.ª Se tiene igualmente por cumplida cuando, dependiendo de la voluntad de un tercero, como el matrimonio, este tercero niega su concurso.

3.ª Es válida también la institución ó legado cuando la persona á quien favorezca el incumplimiento de la condición procure, y consiga, en efecto, que no se cumpla, como si, por ejemplo, la condición fuera «si mi testamentaría no se hace judicial», y el heredero *ab intestato* procurase que por acreedor legítimo se promoviera el juicio.

Si desmenuzáramos todos estos casos, examinando sus muchas complicaciones, encontraríamos seguramente motivos para resolver en teoría la validez de muchas instituciones de heredero sin cumplimiento real de la condición establecida. Estamos, sin embargo, en el caso de interpretar el Código, ó, por mejor decir, de penetrar su pensamiento, sin consideración á las particularidades de la práctica.

En términos generales, no puede suponerse que cuando el testador somete á condición al heredero, su voluntad quede satisfecha con el buen propósito del cumplimiento, por unas ó p otras causas no logrado. Al instituir á Pedro, por ejemplo, c la condición de que se case con María (puesto que la dificult ocurre sólo cuando hay intervención de tercera persona), de

por necesidad suponerse que trató de favorecer á ambos por igual, ó, por lo menos, que sólo en el supuesto de realizarse el matrimonio consideraba á Pedro digno de la institución hereditaria. La condición no es jurídicamente la causa, pero prácticamente suele serlo; y del mismo modo que en el art. 767 se declara nula la institución de heredero mediante causa falsa, cuando resulte que la causa expresada fué el motivo determinante y único de la voluntad del testador, debe en buenos principios entenderse que cuando la condición puesta al heredero es de tal naturaleza que quepa presumir que no se le hubiere instituído en la hipótesis del incumplimiento de la condición, su realización es necesaria para la eficacia del derecho hereditario.

Obligan los buenos principios, repetimos, á esta conclusión, y por otra parte, creemos hallarla autorizada en las mismas disposiciones del Código.

Los artículos 795 y 796 aluden al cumplimiento real de las condiciones potestativas, casuales y mixtas, sin la más ligera transparencia por donde se vislumbre la posibilidad del cumplimiento interpretativo. No puede ir á buscarse éste tampoco por analogía con el art. 1.119, reproducción del ya citado 1.169 del Código de Italia, porque la disposición de estos artículos, relativa sólo al caso de que el sometido á dar ó hacer algo bajo condición impida de propósito el cumplimiento de ésta, no es aplicable, sino traída á rastras y deformada física y materialmente, al incumplimiento de las condiciones testamentarias contra la voluntad del heredero ó legatario. Por otra parte, el párrafo primero del artículo 798 autoriza en cierto modo el cumplimiento interpretativo, pero refiriéndose exclusivamente á los fines ó á los gravámenes de la institución, y limitándose de todas maneras á que este fin ó esta carga tengan cumplimiento, ya que no en los mismos términos señalados por el testador, en los más análogos y conformes á su voluntad. Por último, el párrafo segundo del mismo art. 798, hablando ya especialmente de las condiciones, establece que cuando el interesado en que se cumplan ó no, impidiere su cumplimiento, sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, la condición se considerará cumplida; callando sobre todos los otros casos de incumplimiento que resolvían los autores y las leyes en beneficio de la institución. Esto es tanto más significativo cuanto que el art. 715 del proyecto de Código de 1851,

que contenía una disposición igual á la del citado párrafo primero del art. 798 vigente, no hacía indicación análoga á la del segundo párrafo, añadido seguramente como medio de corregir la deficiencia y al mismo tiempo como definición del propio alcance del cumplimiento interpretativo de las condiciones.

En resumen, el cumplimiento ha de ser siempre real en las condiciones casuales independientes de tercera persona. Se admite, en cambio, el cumplimiento legal, esto es, la validez de la manda sin realización del hecho condicional, en las mixtas y en las casuales en que tenga intervención un tercero interesado en el cumplimiento de la condición. En el repetido ejemplo «si Pedro se casa con María», de no verificarse este matrimonio, sin tener interés María en el hecho, la institución será nula; pero dejando de realizarse el matrimonio por demostrarse que María tuvo interés en impedir el cumplimiento de la condición, se considerará como cumplida ésta. Por lo que hace á las potestativas, podrá también interpretarse que cuando la actividad del heredero fué impedida por la persona á quien correspondería en su defecto la herencia, aun no refiriéndose á nada personalmente suyo el hecho constitutivo de la condición, se habría de tener también por cumplida, siempre que verdaderamente se tratase de un acto de fuerza mayor. Esta es la verdadera doctrina del Código, á la que nuevamente aludiremos al comentar el referido art. 798.

*
* *

Forma del cumplimiento de la condición.—Estudiaban los expositores los distintos grados de este cumplimiento cuando, á falta de su realización precisa, se acudiera á la más análoga y conforme con la intención del testador. Por las indicaciones que llevamos hechas, hay ya lugar á resolver que, en materia de condiciones, no caben otros términos que el del cumplimiento total y el del incumplimiento total, eficaz aquél siempre, y eficaz también éste en casos determinados. El cumplimiento por analogía, bien de una parte del hecho propio de la condición bien de otros hechos análogos á él, no tiene valor legal algu en la legislación vigente. Así se desprende del repetido a tículo 798, al que nos remitimos otra vez.

ART. 797. La expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación.

Concordancias.—Igual al art. 714 del proyecto de 1851 y al 884 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 798. Cuando, sin culpa ó hecho propio del heredo ó legatario, no pueda tener efecto la institución ó el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes á su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla, ó no, impidiere su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se considerará cumplida la condición.

Concordancias.—Semejante al art. 715 del proyecto de 1851 y al 885 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 22, tit. IX, Partida 6.ª*—Si la condicion que es puesta en la manda, fuesse en poder de la acabar de aquel a quien fue fecha, dezimos que trabajandose

el, de la cumplir quanto pudiesse: maguer non se cumpla por ocasion de auentura, e sin su culpa: estonce valdria la manda, tambien como si la condicion fuesse cumplida. E esto seria como si el testador mandasse alguna quantia cierta de marauiedis a algund ome, si aforrasse su sieruo. Ca si el sieruo se muriesse de su muerte, ante que lo aforrasse: o de otra manera, por alguna ocasion, non lo matando otri, vale la manda. E esto se entiende, quando el embargo de tal ocasion como sobredicho es, auiene en la persona de aquel que deue cumplir la condicion, o en la persona de aquel en quien se deue cumplir. Mas si el embargo auiniesse por otra persona alguna de fuera, assi como si matasse algund ome al sieruo, ante que lo aforrasse su señor: estonce non valdria la manda, nin es el heredero tenudo de la cumplir.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 797 Y 798.—*Indicación preliminar.*—El art. 797 distingue de las condiciones, y declara que no se entenderán como tales la expresión del objeto de la institución ó legado, la de la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador y la carga que por el mismo se impusiere.

Ya, en efecto, sabemos que la institución de heredero ó el nombramiento de legatario pueden ir acompañados de ciertas indicaciones del testador que se llaman en derecho civil modalidades.

Hemos estudiado en el art. 767 lo que se llama causa de la institución, esto es, indicación del motivo por el que el testador se resuelve á disponer de sus bienes en favor de su heredero ó legatario. En el 790 se nos ha presentado al estudio otra modalidad aún más importante: la condición; indicación testamentaria de un hecho que debe realizarse á fin de que el heredero entre á la herencia para que es nombrado. En el 805 estudiaremos la modalidad llamada término; indicación de tiempo fijo en que debe empezar, ó concluir, ó ambas cosas á la vez, el disfrute de los derechos hereditarios. Toca al art. 797 el estudio de dos modalidades conocidas por los autores con los nombres de modo y cláusula penal, cuya significación y cuyos límites son el objeto propio de este comentario.

*
* *

Concepto del modo.—Es modo un agregado de la institución de heredero por el que se impone á éste, ó al legatario en su caso, la obligación de dar ó hacer alguna cosa.

Distinguiamos en el comentario del art. 790 las modalidades que, á nuestro juicio, convierten la institución en impura y las que no producen este resultado, incluyendo exclusivamente entre las primeras el término y la condición. Allí dejamos indicada la diferencia entre la condición y el modo Ambas modalidades tienen el carácter de obligaciones, una esencial y otra accidentalmente; pero la obligación que se deriva de él para el heredero es tan distinta en sus fundamentos que mientras en la condición lo que se debe hacer, dar ó simplemente esperar que suceda, decide la eficacia del nombramiento de heredero, lo que se da ó hace en el modo requiere la eficacia previa de la institución. Se cumple la condición para ser heredero; se cumple en cambio el modo por haberlo ya sido.

De esta esencialísima diferencia se derivan otras dos: 1.ª, que, en la condición, el heredero tiene facultad ilimitada de cumplir ó no lo que se le ordena, en el supuesto de no querer los bienes, mientras que el modo, en que se supone la previa aceptación de la herencia, constituye para el heredero una obligación ineludible; 2.ª, la condición impide entrar á la herencia en el caso de no ser debidamente cumplida; el modo, en cambio, permite y requiere la efectividad del derecho de suceder, sin que, en caso de incumplimiento de la obligación impuesta, por imposibilidad ó por otras causas, quede privado el heredero de la sucesión.

La condición y el modo, pues, se diferencian de las demás modalidades (término y causa) en que constituyen una obligación correlativa del nombramiento de heredero. En la condición depende éste de aquélla; por el contrario, en el modo depende aquélla de éste. Debemos distinguir ahora el modo de otras obligaciones que acompañan al nombramiento de heredero y que no constituyen una modalidad del mismo.

El Código se refiere en el art. 797 á tres géneros de obligaciones: 1.ª, la expresión del objeto de la institución ó legado, como, por ejemplo: «Nombro heredero á Pedro á fin de que concluya la carrera de Medicina»; 2.ª, la aplicación de los bienes; ejemplo: «Nombro heredero á Antonio, y quiero que aplique la mitad de la herencia á sufragios por mi alma en la iglesia de mi

pueblo»; 3.ª, la carga impuesta por el testador; ejemplo: «Mando á Diego mi casa, y quiero que satisfaga una pensión de una peseta diaria á mi sobrino Juan.» En estos tres casos, cuya enumeración se resiente del defecto de incluirse muchas circunstancias de hecho en dos conceptos á la vez, van, sin embargo, comprendidos todos los que se pueden presentar en la práctica.

Cabe la duda de si determinadas indicaciones del testador, no constitutivas en su pensamiento de un deber, van comprendidas en la citada expresión del objeto de la institución ó legado, con las consecuencias que se establecen en el párrafo segundo del mismo art. 797. Ejemplos de esta clase de indicaciones: «Mando á Luis mis bienes, y deseo que dedique á actos benéficos todo lo no necesario para atender á sus necesidades.» «Le nombro heredero para que atienda como es debido á la mayor ilustración de sus hijos.» En estos casos, variables hasta el infinito, ha de atenderse á la verdadera intención del testador, y si resulta que no tuvo propósito de imponer una condición determinada, sino de manifestar un deseo, un juicio personal, acerca de la mejor aplicación de los bienes, el art. 797 no será aplicable.

Hay otras obligaciones que no pueden tampoco confundirse con el modo. La confesión de deuda, el legado, el pago de un crédito, etc., aun constituyendo una obligación de la herencia, no tienen carácter de imposición al heredero. El derecho de éste es solamente comprensivo de los bienes y derechos á que la herencia queda reducida después del pago de esas atenciones, y sólo las obligaciones que pesen sobre este remanente, una vez determinado y deslindado, constituyen el modo á que se refiere el art. 797.

*
* *

Interpretación de la cláusula.—De dos peligros considerables hay que huir al interpretar las palabras con que el testador instituye modalmente al heredero. En primer lugar, del indica ya, de considerar como verdaderas obligaciones del heredero legatario lo que era solamente deseos ó indicaciones no coercitivos. Por otra parte, del de confundir el modo con la condición.

La misma dificultad que se opone desde luego al propósito de buscar ejemplos de cada uno de los géneros de adiciones á que nos referimos, y muy especialmente de las que constituyen el modo, convence de la posibilidad de dudas frecuentísimas en la práctica.

Fácil es hacerse cargo de esta verdad con un naturalísimo ejemplo: «Dejo mis bienes á Antonio para que se case con María.» ¿Qué es este matrimonio? ¿Un simple deseo del testador, la expresión del objeto de la institución ó una condición mixta?

Para distinguir la condición del modo, el Código establece que sólo se entenderá que existe la primera cuando así parezca haber sido la voluntad del testador. Ortiz de Zárate consideraba demasiado vaga y dudosa la forma del artículo, y proponía su sustitución por esta otra: «Si el testador no manifiesta expresa y terminantemente que instituye bajo condición.» Para los que tengan intereses opuestos, dice, siempre habrá opuestos pareceres, y cada uno interpretará á su antojo la voluntad del testador.

Sin negar nosotros la poca precisión de la fórmula legal, consideramos, sin embargo, que no sería compatible con los buenos principios de la sucesión testamentaria juzgar de la intención del testador por la expresión ó no expresión de una palabra precisa. Es más acomodado á los principios buscar la voluntad del testador en su verdadera intención, antes que en sus palabras, en lo cual el art. 797 no hace otra cosa que repetir lo ya dispuesto en el 675.

De la misma regla habremos de valernos para distinguir el modo de otras indicaciones no coercitivas; y así como en el artículo 797 se resuelve con justicia, aunque de una manera implícita que, en caso de duda entre el modo y la condición, se preferirá el modo, como más favorable al heredero, así también decidimos, con sujeción á los buenos principios, que en caso de duda entre el modo y la simple indicación, se habrá de dar la preferencia á ésta.

***

Cumplimiento del modo.—A) Acción para exigirle.—Pueden ocurrir tres casos: que el gravamen constituya beneficio de una persona determinada, ó de una ó varias indeterminadas, ó de

nadie directamente. Ejemplos respectivos: «Nombro heredero á Antonio con la obligación de pasar alimentos á Mariano»; «Idem idem con la de distribuir entre los pobres la mitad de las rentas»; «Idem íd. con la de elevar un monumento á mi memoria».

No ofrece duda que, en el primero de estos casos, Mariano tiene derecho indiscutible para proceder contra el heredero, caso de no serle satisfecha la correspondiente pensión alimenticia. Respecto del segundo, hemos ya hecho notar, por vía de comentario al art. 749, la procedencia del juicio de adjudicación de bienes á que están llamadas varias personas sin designación de nombres y, por lo tanto, la forma legal de hacer exigible al heredero el cumplimiento de la carga. El punto de verdadera dificultad está en la falta de persona directa ó indirectamente interesada en el cumplimiento de la disposición, como en el ejemplo del monumento dedicado á la memoria del causante.

Interés tienen en este caso en el cumplimiento todas aquellas personas que tributen respeto á la memoria del testador, entre las cuales pueden hallarse hijos ú otros parientes próximos del mismo. Pero, ¿este interés tiene eficacia bastante para fundar en él una demanda? La cuestión ha sido ya tratada por varios autores y resuelta por todos también en sentido negativo. Evidentemente nadie puede ejercitar derechos de que carece. En el art. 33 del Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria se establece que, cuando en alguna testamentaría se adjudiquen bienes inmuebles con la obligación de emplear su importe en pagar deudas ó cargas de la misma herencia, se inscribirán dichos bienes á favor del adjudicatario, haciéndose mención literal de aquella obligación. Pero sobre que esto se refiere sólo al caso en que haya particiones, resulta de todas las maneras que, una vez inscritos los bienes en esa forma, falta persona con derecho para reclamar el cumplimiento de la disposición del testador.

En nuestra opinión, se puede distinguir el caso de que haya varios herederos, uno obligado al cumplimiento de la carga y otros no. Estos últimos herederos, en tal supuesto, no pueden alegar interés propio para exigir el cumplimiento de la carga, por no resultarles de ello beneficio alguno. Pero, sin apurar mucho las cosas, podría considerarse que, establecida la carga en beneficio moral del testador, y pasando como pasan á los he-

rederos todos los derechos de éste, procedería una demanda fundada en el solo título de heredero para la reclamación de que tratamos.

Cuando el heredero es uno solo, ni siquiera queda esta consideración á que asirse. Podría darse el caso de haberse impuesto la carga sobre determinados bienes inmuebles y de hacerse constar en el Registro de la Propiedad, como dispone el art. 7.° de la ley hipotecaria, y, sin embargo, la carga seguiría confiada á la conciencia del heredero, sin derecho en nadie á reclamar la ejecución de lo mandado por el testador. Podrían enajenarse los bienes y pasarían con la imposición de la carga, reducida á una indicación completamente inútil.

No hay otro medio de evitar este inconveniente, que considerar esta carga como condición; porque si bien es cierto que en rigor de principios no puede hacerse este cambio de naturalezas, tampoco el mismo rigor permite buenamente que una obligación quede por completo en el arbitrio del deudor. En materia de obligaciones condicionales está dispuesto expresamente así por el art. 1.115 del Código.

Sin embargo, los caracteres de la cuestión no guardan ninguna analogía en uno y otro de estos casos, ni la situación de las partes es tampoco análoga; entre otras muchas razones, porque en dicho artículo se trata de obligaciones sometidas en su nacimiento ó en su pérdida á una condición, mientras que aquí el derecho del heredero está adquirido con anterioridad al tiempo en que la carga puede y debe cumplirse.

Concluyamos, pues, creyendo y afirmando que por extraño que resulte, se puede dar el caso de estar impuesta al heredero una obligación perfectamente válida, cuyo cumplimiento, sin embargo, no tiene derecho nadie á reclamar. Los albaceas, según el núm. 3.° del art. 902, tienen encomendada la facultad de vigilar sobre la ejecución de todo lo ordenado en el testamento; pero, por una parte, no siempre hay albaceas y, por otra, su misión acaba precisamente en el momento en que el heredero adquiere definitivamente su derecho de tal; antes, por lo tanto, de ser posible jurídicamente el cumplimiento de la carga.

B) Forma del cumplimiento.—Se refiere á esto el párrafo 1.° del art. 798, según el cual no es necesario que la obligación impuesta al heredero se cumpla en los mismos términos fijados por

el testador, pudiendo serlo en otros análogos, conformes en todo lo posible con su voluntad.

El citado jurisconsulto Ortiz de Zárate, estudiando el proyecto del Código de 1851, estimaba esta disposición como excesivamente vaga y dudosa. «Nunca se convendrá en la analogía que tenga la aplicación que ha de darse á los bienes por no poderse cumplir la señalada por el testador; por lo que es indispensable que se diga quién es la persona autorizada para decidir sobre esta aplicación.»

Para los tratadistas que antes del Código sostenían que el cumplimiento de las condiciones podía hacerse también en términos análogos, no se presentaba la dificultad que atinadamente señala Ortiz de Zárate. Tratándose de condiciones, hay siempre una persona ó entidad á quien corresponde, en su caso, la sucesión legítima, é interesada por lo mismo en su debido cumplimiento; pero por lo que hace al modo, se desprende de todo lo que llevamos dicho, que puede no existir este interés, por estar previamente aceptada la herencia y no ser posible en general la sucesión *ab-intestato*.

No necesitamos detenernos en este punto, que es sólo una variante del examinado más arriba, ó, por mejor decir, una parte con relación al todo. Quien tenga derecho para reclamar el cumplimiento de la carga lo tendrá también para conformarse ó no con los términos en que sea cumplida, y para ejercitar en su caso la acción correspondiente. Pero en aquellas otras ocasiones en que no existe persona con derecho á pretender el cumplimiento de la carga, menos podrá haber quien pueda discutir la mayor ó menor exactitud del heredero.

Sobre la analogía del cumplimiento de las cargas es claro que no pueden formularse reglas. Todo depende de la naturaleza del caso y de la cantidad y calidad de los obstáculos que se opongan al cumplimiento exacto de la disposición testamentaria. Conviene únicamente hacer notar que no son aplicables al modo las reglas establecidas sobre imposibilidad del cumplimiento de las condiciones. Cuando la carga sea contraria á leyes ó las buenas costumbres, deberá tenerse también por escrita; de igual manera que la metafísicamente imposible por los mismos motivos que en materia de condiciones. Pero, las imposibles físicamente, es imprescindible averiguar si h

términos hábiles para el cumplimiento del encargo en forma parecida, más ó menos conforme con la voluntad del testador, y en este caso se aplicará el párrafo primero del art. 798.

C) Transmisibilidad de la carga.—Declara el Código que la herencia puede pedirse desde luego y que es transmisible á los herederos, principio contrario al que respecto de las condiciones se establece en el art. 759.

Pero declara al mismo tiempo que cuando se transmita la herencia á los herederos del obligado, antes del cumplimiento de la carga, éstos tendrán que afianzar el cumplimiento de la misma y la devolución de lo percibido, con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación. Este precepto se resiente, en primer lugar, de una contradicción inexplicable con la naturaleza del modo hereditario, y al mismo tiempo con lo que en el mismo Código se dispone respecto al obligado primeramente. Si éste ya ha hecho suya la herencia y por eso la transmite á sus herederos, ¿dónde está la razón jurídica de la devolución de los bienes, incluso con sus frutos é intereses? Si estos herederos representan la personalidad del obligado, ¿por qué imponerles una fianza y sujetarles á una decadencia de derecho que para nada rezan con aquél? Afirmamos que es inexplicable esta diferencia de disposiciones. Todavía tendría justificación el afianzamiento, por tratarse de personas menos interesadas que el principalmente obligado en el cumplimiento de la voluntad del testador; pero la devolución de la herencia es de todo punto incomprensible.

Aquí no puede ocurrir el caso de que no haya persona interesada en el cumplimiento de la obligación, porque ha de suponerse que la obligación de afianzar es exigible siempre, en defecto de otro interesado, por el sucesor *ab-intestato* á quien corresponderían naturalmente los bienes en caso de decadencia. Lo que ocurriría, en cambio, es que, á falta de interesado directo, el presunto sucesor *ab-intestato* no podrá de manera legal exigir el afianzamiento, porque para ello necesita ser declarado previamente heredero *ab intestato* por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento civil, y esto es imposible cuando hay por delante heredero testamentario que ha aceptado la herencia.

Lo más grave de esta cuestión es que, dada la forma en que se expresa el Código, la prestación de la fianza es anterior á la

transmisión del derecho á los herederos del obligado, y, por consecuencia, los Registradores de la propiedad estarían en el caso de negarse á la inscripción del derecho si previamente no se justifica el afianzamiento en los términos prevenidos.

Notemos antes que aunque la ley habla á la vez de afianzar el cumplimiento de la manda y la devolución de lo percibido, debemos entender que la fianza se refiere sólo á este último término: 1.°, porque para el interesado en el cumplimiento de la manda, ya es bastante con el derecho que disfruta á reclamar en juicio y fuera de juicio dicho cumplimiento; y 2.°, porque respecto al coheredero ó colegatario ó heredero *ab-intestato* á quien deban devolverse los bienes, en la hipótesis de la ley, no hay que hablar de la garantía parcial del cumplimiento de la carga, cuando se les concede la total; única que afecta á ellos directamente, de la devolución de la herencia.

Como hemos dicho, la cuestión es grave, principalmente si el interesado en la prestación de la fianza es el presunto heredero *ab-intestato*, cuyo derecho necesita ser declarado previamente, lo cual, en la ley de Enjuiciamiento civil, sólo se autoriza en defecto de herederos testamentarios. Esta misma cuestión se presenta en el art. 800; siéndola aplicables las mismas reglas con que en su respectivo comentario decidimos, según nuestro criterio, acerca de la prestación y cancelación de la fianza y acerca de la devolución de los bienes en su caso.

*
* *

Cumplimiento interpretativo de las condiciones. —Se refiere á él el párrafo 2.° del art. 798, en que se dispone que cuando el interesado en que se cumpla ó no la condición impidiese su cumplimiento, sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se la tenga por cumplida.

Comentando los artículos 795 y 796, hemos historiado el cumplimiento interpretativo de todas las condiciones en que en la voluntad del heredero y determinado su actual situac dentro del Código. Esta situación está definida por el art. 7 que sólo dispensa del cumplimiento real de la condición cua un tercero, interesado en que se cumpla ó en que deje de cu

plirse, oponga obstáculos insuperables á la actividad del heredero.

Necesario es ahora, después de referirnos á todo lo que acerca de este punto expusimos en aquel lugar, llamar la atención sobre el vicio de forma de que adolece el párrafo 2.° del art. 798, y fijar su propio y verdadero sentido.

Primeramente, llama la atención que el texto del artículo se refiere al caso de que impida el cumplimiento de la condición una tercera persona, interesada en que se cumpla ó no. ¿Cómo es posible, en buena presunción de ley, que el interesado en que la condición se cumpla procure y consiga el resultado contrario? En segundo lugar, el Código se refiere sólo, de una manera acentuadísima, á las condiciones suspensivas. ¿Qué sucederá cuando se trate de una resolutoria, en que el interés del tercero sea naturalmente el cumplimiento de la condición y con él la pérdida del derecho por el heredero instituido, hablando como habla el Código, no de procurar el cumplimiento, sino de impedirlo? Tampoco tiene en cuenta la división de las condiciones en afirmativas y negativas, y que respecto de éstas, no es propia la expresión de procurar su incumplimiento. Por último, y suponiendo que la razón de la ley es la misma en ambas clases de condiciones, ¡cómo ha de ser tampoco posible que el interesado en que se cumpla impida el cumplimiento!

Es tan clara de todas maneras la doctrina, que sin ningún esfuerzo se comprende que ha de aplicarse por igual á las condiciones suspensivas y á las resolutorias; que, por consecuencia, se trata del caso en que el interesado en que se cumpla la suspensiva impida el cumplimiento, y del en que lo procure el interesado en el cumplimiento de la resolutoria; y que la condición suspensiva se tendrá por cumplida y la resolutoria por no cumplida cuando de esta decisiva manera intervenga en ello el tercero interesado.

Ahora bien: ¿será aplicable este párrafo segundo al modo impuesto en la institución?

En general, el precepto es de aplicación escasa, porque el interesado en el cumplimiento de la carga es solamente la persona en cuyo beneficio se introdujo ésta de una manera directa, y no el heredero *ab-intestato* del difunto, á quien en materia de condiciones puede convenirle la realización, ó en su caso la

irrealización de lo mandado, y la consiguiente decadencia del derecho del instituído. El interesado en la carga no puede extender su acción más allá de la renuncia del beneficio que le resulte en ella, y claro está que esta renuncia constituye la imposibilidad física del cumplimiento y la extinción del deber que al heredero se impuso.

Pero la dificultad puede tener lugar todavía cuando, por no ser el mismo heredero, sino sus sucesores, los obligados por el modo de la institución, según hemos visto que autoriza el párrafo segundo del art. 797, quepa á los herederos legítimos del difunto la esperanza de la sucesión *ab-intestato* por el incumplimiento de la carga, y, por lo tanto, el interés en que ésta deje de cumplirse. Puede darse entonces el mismo caso de verse impedidos los herederos en su actividad por la intervención de esas terceras personas, y como la situación es análoga, y como, de todas maneras, aun no siendo aplicable al art. 798, lo son los principios generales de derecho sancionados en los artículos 1.103, 1.104 y 1.105 del Código, por ser una obligación la que se impone al heredero en el modo, de cuya falta de cumplimiento sólo es responsable á falta del empleo por su parte de la diligencia necesaria, en relación con la naturaleza del deber, las circunstancias de las personas, las del tiempo y las del lugar, no nos ofrece duda la decisión del problema en los mismos términos establecidos para las condiciones.

***

Cláusula penal.—Esta es la modalidad menos frecuente y menos importante de la institución hereditaria. Solamente tiene aplicación al modo, viniendo á ser un aspecto de éste, ó, por decirlo así, una modalidad dentro de otra modalidad. Consiste en la imposición de un nuevo deber, á modo de pena, al heredero instituído con obligación de hacer ó dar alguna cosa, en el supuesto de faltar á esta obligación. Pongamos un ejemplo: «Nombro heredero á Mariano con la obligación de construirme un mausoleo dentro de mi finca, y en caso de que no verifique, le impongo la de entregar la mitad de los bienes á Gobernador de la provincia para atenciones de beneficenc pública.»

Todo lo que hemos dicho acerca del modo tiene aplicación á la cláusula penal; como que, al fin y al cabo, resulta una obligación de igual naturaleza, aunque de distintas forma y extensión. Lo mismo que en el modo, los interesados en la cláusula penal podrán exigir su cumplimiento al heredero cuando llegue al caso; de la misma manera podrá tenerse por cumplida cuando sea imposible ó cuando el tercero interesado en el cumplimiento de la cláusula ponga obstáculos insuperables al del modo; é igual, en fin, podrá ocurrir el caso de que no haya persona directamente interesada en la ejecución de la cláusula, y de que no sea exigible eficazmente por nadie.

ART. 799. La condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

Concordancias.—Análogo al art. 886 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—*Indicación general.*—En este artículo, el legislador pudo y debió formular las reglas relativas á la eficacia de las condiciones suspensivas y resolutorias, reduciendo á dos ó tres principios generales todos los varios por que se rige esta materia.

No sólo nuestro Código, sino todos los extranjeros, prescinden de la distinción de estas dos clases de condiciones, como si sólo interesara determinar legalmente el efecto de las suspensivas, ó como si la condición resolutoria no se prestase por su naturaleza á dificultad alguna práctica digna de la atención de los legisladores.

El art. 799 se refiere á la transmisibilidad de los derechos de la persona sometida á condición suspensiva, á los herederos de esta misma persona, y al propio tiempo á la adquisición del derecho hereditario desde el fallecimiento del testador. Salvo el

error cometido al redactarse este artículo, de que muy pronto hemos de hacer la necesaria crítica, se echa de menos en el Código una disposición que trate estos dos puntos en cuanto á la condición resolutoria. ¿Cuándo se adquiere en ésta el derecho del heredero? ¿En cuáles casos se transmite y en cuáles no? En toda la sección cuarta de institución condicional de heredero no se cita una vez la condición resolutoria, y antes, por el contrario, se prescinde de ella en absoluto, como si no existiese, al legislar sobre el incumplimiento de las condiciones, aplicable lo mismo á las unas que á las otras en el párrafo segundo del artículo 798.

Tratemos nosotros, sin embargo, de examinar unas y otras condiciones como comentario de este artículo, en donde tiene plena cabida la fácil y conocidísima teoría de sus caracteres y efectos.

*
* *

Concepto de las condiciones suspensivas y resolutorias.—Alguna indicación tenemos ya hecha en general al fijar el carácter de los hechos constitutivos de las condiciones. Para muchos autores entra en la definición de condición un elemento suspensivo siempre de la adquisición del derecho hereditario. Las mismas leyes de Partida se refieren muchas veces á esta suspensión, á este *alongamiento* del derecho, como si fuese un elemento esencial de las condiciones.

Pero, lejos de esto, y sin dejar de reconocer que, por punto general, el hecho en que consiste la condición es anterior y superior á la adquisición del derecho hereditario, puede ser muchas veces, en la intención del que ordena el testamento, posterior y en cierto modo subordinado, por cuanto implique la previa adquisición del derecho y sólo en el supuesto de ésta ofrezca realidad jurídica.

El testador puede discurrir de dos maneras. En unos casos tiene intención de hacer su heredero á cierta persona, subordinando esta intención á otra más firme y principal de que se realice ó deje de realizar cierto hecho. «Nombro heredero, dice, á Juan, pero no plenamente, no en cualquier supuesto, sino sólo en el de que se realice tal ó cual acontecimiento.» «Nombro, si

á Juan, pero no subsistiendo sus actuales circunstancias, sino cuando concluya una carrera, cuando se case, cuando tenga hijos, cuando acometa determinada empresa.» Nótase que entonces el testador piensa más bien en el hecho á que se refiere que en la propia persona del heredero; y la eficacia de la institución, por consecuencia, depende esencialmente del cumplimiento de la condición, como materia principal de los deseos del que ordenaba el testamento. Tal es el fondo propio de la condición suspensiva, que en efecto suspende, ó, digámoslo así, mantiene en el aire el efecto de la institución de heredero, hasta que se realiza el hecho á que se la subordinaba en el pensamiento del causante.

En otras ocasiones, por el contrario, el testador confía enteramente á las cualidades de la persona elegida la razón de su disposición, no haciéndola depender de la creación de un nuevo estado ó de una nueva circunstancia. Pero prevé que en lo futuro pueden presentarse determinados hechos más ó menos verosímiles, que, en caso de haberse realizado ya, al otorgarse el testamento, modificarían su intención. «El mayor de mis hijos, puede pensar un padre, se encuentra en condiciones de no necesitar mis bienes; realizo, por lo tanto, un acto de justicia y satisfago una necesidad de conciencia nombrando heredero de la parte libre á mi hijo menor, que no dispone de medios tan ventajosos. Pero pudiera suceder que, andando el tiempo, mi hijo mayor se viera privado de las utilidades que hoy le proporciona el ejercicio de su carrera.» «Nombro, por consecuencia, dice, heredero de todos los bienes de mi parte libre á mi hijo menor, con la condición de que este nombramiento sea ineficaz si por cualquiera circunstancia mi hijo mayor se encontrara algún día privado de la posibilidad de ejercer su carrera, ó viera disminuir considerablemente las utilidades que obtiene de ella hoy.» He aquí el caso de la condición resolutoria, que establece, sí, un derecho fijo y pleno á favor del primer heredero, pero salvando para cierto evento posible el derecho de otra persona, en igual ó en mayor escala merecedora de sus disposiciones favorables.

Más claro todavía: en la condición suspensiva el heredero no tiene completas y perfectas las cualidades que le hacen digno de la institución, sino por la realización del hecho que el testador señala. En la resolutoria, por el contrario, el heredero merece

enteramente desde luego el favor de la disposición, pero en atención no más que á las circunstancias del momento en que se otorga el testamento, y con posibilidad de que, modificadas estas circunstancias de alguna manera en lo futuro, haya en favor de otras personas motivos más respetables para el testador que los de la institución principalmente establecida.

*
* *

Interpretación del art. 799.—Antes de especificar los efectos de estas dos clases de condiciones, es menester que pongamos en evidencia la desdichada condición del presente artículo.

Era doctrina indiscutiblemente recibida en todas partes, admitida ya sin contradicción por los jurisconsultos romanos, trasladada íntegramente á las obras de todos los expositores y sancionada en la legislación de todos los países, hasta los de origen germánico, que el derecho hereditario sometido á una condición suspensiva no se adquiría por el heredero hasta el cumplimiento de la condición, ni se transmitía de ninguna manera á sus sucesores propios en el caso de fallecer él antes de cumplirse.

Ubi conditio possibilis adjecta, dies, pendente conditione nec cedit, nec venit. (L. 213. *D. de verb. sign.*) El día no cede ni viene en las condiciones posibles mientras la condición está pendiente.

«*A dia cierto o so condicion prometiendo un ome a otro de dar o de fazer alguna cosa: non es tenudo de cumplir la promission, fasta que venga aquel dia o que se cumpla aquella condicion sobre que fue fecha. E si por auentura muriesse alguno dellos antes que se cumpliesse la condicion, o que viniesse el dia a que lo deuieran cumplir: los sus herederos de aquel que finasse fincan en aquella misma manera obligados para cumplir lo que fue prometido: magüer viniesse la condicion o el dia despues de la muerte de qualquier dellos.*» (Ley 14, título XI, Partida 5.ª)

«*Ca muriendo aquel a quien fue fecha la manda en a[illegible] que se cumpliesse la condicion non valdria la manda, nin podria demandar el heredero de aquel á quien fuesse fe[illegible] ante dezimos, que la deue auer el heredero del testad[illegible]*» (Ley 34, tít. IX, Partida 6.ª)

«Toda institución testamentaria hecha bajo condición de un suceso incierto, de tal manera que en la intención del testador no deba ser ejecutada hasta que el suceso se realice ó no se realice, caducará en el caso de que el heredero instituído ó el legatario muera antes del cumplimiento de la condición.» (Artículo 1.040 del Código francés.)

«Toda disposición testamentaria hecha bajo condición suspensiva queda sin efecto si la persona á cuyo favor se hizo muere antes del cumplimiento de la condición.» (Art. 853 del Código de Italia.)

«El heredero voluntario que muere antes que el testador ó antes de que se cumpla la condición... no transmiten ningún derecho á sus herederos.» (Art. 3.450 del Código de Méjico.)

«La herencia dejada bajo condición que no se verifica pasa á los herederos legales del testador, á no ser que éste hubiese dispuesto otra cosa.» (Art. 820 del Código de Guatemala.)

A todos estos precedentes se une el del art. 620 del proyecto de Código de 1851, que dice así: «El heredero y legatario que mueren antes de existir ó de cumplirse la condición, aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno á sus herederos.»

Y, como colmo de precedentes, y para ahorrarnos el trabajo de citar otros muchísimos, copiemos, por fin, el art. 759 del propio Código vigente: «El heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos.»

Tenemos, pues, dos disposiciones completamente contrarias dentro del Código, para satisfacer con ellas los gustos más opuestos: una que niega á los herederos del sometido á condición el mismo derecho que éste tenía, y otra que se lo concede sin ninguna limitación ni reserva. Pero esto, que sería una medida de alta previsión para la tranquilidad de todos los interesados en una herencia, en el supuesto de que pudiera contentarles y dejarles limpios de todo rozamiento, una satisfacción puramente retórica de sus aspiraciones, lleva al terreno ctico un problema de extraordinaria gravedad y de dificili- a resolución.

¿Son compatibles de alguna manera las dos disposiciones? En orma en que se hallan redactadas, no. Para buscar esta com-

patibilidad sería necesario, cuando menos, que una disposición fuera general y otra especial; y de esta manera, entendiendo que el art. 799 se refiere sólo á las condiciones suspensivas, mientras que el 759 habla en general, podría interpretarse, á despecho de la antigüedad de la doctrina, que el artículo primeramente citado era derogación parcial del último. Pero como, por el contrario, dicho art. 759 se refiere sólo á las condiciones suspensivas, por no ser aplicable á las resolutorias, resulta necesariamente la contradicción y necesariamente por consecuencia la incompatibilidad.

El art. 6.º del Código ha previsto el caso de silencio, el de obscuridad y el de insuficiencia de la ley, para la decisión de un punto de debate. En este caso, dice, la obligación del Juez es resolver aplicando la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho. Pero como no habla del caso de contradicción entre dos leyes, y como los principios generales del derecho y la costumbre sólo tienen lugar á falta de disposición de ley exactamente aplicable, se puede sostener que un Juez ó Tribunal, amenazado de tortura entre los artículos 759 y 799, podría huir fácilmente de este encuentro con la salvaguardia del propio art. 6.º del Código.

Varios jurisconsultos que han estudiado esta cuestión y acaso entre ellos uno de los mismos redactores del Código, y de los más ilustres, han acudido á la historia del artículo y á la comparación con sus concordantes del extranjero, para demostrar que se trata de una equivocación padecida al redactarle, y sostener que puede subsanarse esta equivocación en la práctica.

Es fácil, en efecto, darse cuenta de la equivocación padecida, teniendo á la vista el Código francés en sus artículos 1.040 y 1.041 (como el italiano en los 853 y 854, que son una reproducción exacta, casi hasta en las palabras con que se expresan). En el 1.040, que hemos ya traducido más arriba, el Código Napoleón establece un precepto idéntico al de nuestro art. 759. Hecha esta declaración en general, viene el 1.041 y dice: «La condición que en la intención del testador no hace más que suspender la ejecuc de la disposición, no impedirá al heredero instituido ó al lega rio tener un derecho adquirido y transmisible á sus hereder

Repetimos que el art. 851 del Código de Italia se expresa la misma manera, después de copiar en el 853 al 1.040 del Cód

de Francia. El 3.391 del Código de Méjico, al lado de la regla general establecida en el antes copiado 3.450, dispone también que la condición que sólo suspenda por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impedirá que el heredero ó legatario adquieran derecho á la herencia ó legado y lo transmitan á sus herederos. Con las mismas palabras exactamente se expresa el artículo 1.810 del Código de Portugal.

El redactor de nuestro Código encargado de esta sección segunda pudo tener presente que los Códigos que consignan esta disposición no admiten la institución hereditaria á término. Para sostener el rigor de su doctrina, contraria á las instituciones temporales, y respetar, sin embargo, ciertos señalamientos de término que, al parecer, no rompen el principio de que la sucesión hereditaria se abra en el momento de la muerte del causante, han ideado este precepto de término medio, de claro-oscuro, que equipara en principio la institución á término á la condicional, y que la aplica, sin embargo, el verdadero criterio de la institución desde determinado día.

Cierto es que los comentaristas vacilan visiblemente al estudiar los límites de la disposición, pasando sobre ella con ayuda de todo género de balancines. Apenas aciertan á decir sino que la Audiencia de Parma consideró en cierta ocasión que el artículo 854 del Código italiano es aplicable á un legado hecho bajo la condición «si llegase á la mayor edad ó contrajese matrimonio», por suponer que entonces en la intención del testador no se trataba de señalar una condición suspensiva, ni de fijar el tiempo en que la manda empezaría á tener efecto, sino de un legado hecho puramente, aunque con aparente condición suspensiva, no de la adquisición del derecho, sino del pago del legado. Inútil es decir que la explicación de estas diferencias y la determinación del propósito del legislador en semejante precepto adolecen de vacíos y contradicciones bien advertidos hasta por los mismos comentaristas. También sería inútil, con sola esta ligera indicación, que entráramos á demostrar la absoluta falta de motivos con que el precepto se mantiene en Códigos que, como el nuestro, admiten la sustitución á término; y cómo el de Guatemala, por ejemplo, puesto en este caso, ha procedido rectamente copiando de los demás Códigos la disposición general sobre transmisibilidad de las instituciones condi-

cionales y suprimiendo la relativa á esta incomprensible clase de condiciones que no hacen más que suspender la ejecución de la disposición testamentaria.

Mas no es tan extraño todavía este prurito de copiar las novedades extranjeras, sin darse cuenta aproximada de su valor jurídico y de sus inconvenientes prácticos, como la alteración del texto en la forma que se advierte en el art. 799. Que se copió de alguno de los citados Códigos extranjeros, es de todo punto indudable, por su estructura y por no tener otra justificación en nuestro sistema hereditario; pero, ¿de qué manera se copió? Pues despreciando el texto castellano del Código de Méjico y procediendo á una nueva traducción: «*La condition,* se leyó, *qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'execution de la disposition...*» Luego si es condición que suspende la ejecución de la disposición, debió pensarse (y, en medio de todo, teóricamente no se pensó muy mal), es una condición suspensiva. Así nació el art. 799, que en todo lo demás sigue copiando literalmente al 1.040 del Código francés. Se tradujo, en resumen, lo que no se debía haber traducido, y se tradujo mal.

Reconocido todo esto como indudable, puede ya darse por explicada la equivocación, pero no, á nuestro juicio, por remediada. Hemos de ponernos en la situación del Juez, cuya misión no es nunca la de interpretar cláusulas ó preceptos que no admiten duda en su expresión, ni menos todavía la de declarar equivocadas las leyes y dedicarse á reformarlas. Para un Juez cuidadoso de su deber y respetuoso con los principios de derecho, se reduce la situación en el presente caso á dar la preferencia á un artículo sobre otro, entre dos igualmente claros y enteramente opuestos, ó á negarse á fallar, no á pretexto de silencio, porque no le hay, ni de obscuridad ó insuficiencia, porque no las hay tampoco, sino á pretexto de contradicción.

Quedan ya indicadas las principales razones con que podría un Juez decidirse por el primer extremo de la alternativa, siguiendo la opinión de ilustres jurisconsultos, y las que pod decidirle por el extremo contrario. Nosotros debemos limitarn á indicar que la cuestión es muy delicada y que, con razón ó ella, veríamos con gusto, mientras llega el momento de la a'

luta supresión del artículo, que prosperase el criterio de enmendar en las sentencias de los Tribunales la obra del legislador, declarando que el verdadero precepto es el del art. 759, y que el presente es de metal falso, introducido en el Código sin razón alguna, por una lamentable distracción del fiel contraste.

Un deber de conciencia nos pone en la necesidad, al llegar á este punto, de rectificar también un error nuestro cometido al examinar y comentar el art. 658, con ocasión de anticipar el estudio de una duda cuyo lugar propio se hallaba en el comentario de este art. 799. Habíamos empezado por afirmar allí una verdad indiscutible: la de que las condiciones suspensivas no niegan la adquisición del derecho por el heredero desde el fallecimiento del causante, sino que suspenden sólo y paralizan su efectividad hasta el cumplimiento de la condición. Ofreciósenos entonces á la vista el art. 799, según el cual las condiciones suspensivas permiten la adquisición y la transmisión del derecho desde la apertura de la sucesión hereditaria. Como no era entonces ocasión de analizar detenidamente este precepto, ni de estudiar su verdadera relación con el del art. 759, nos acogimos francamente á su doctrina; y no sólo tomamos punto de partida en ella, sino que por una ofuscación fácil de explicar, la dimos desde luego por buena y por corriente. Ya es antiguo el adagio de que «una oveja modorra saca á ciento del redil», como es antiguo, en los tratados de lógica, incluir entre las causas externas del error humano «los malos libros y los maestros ineptos é incompetentes». Es un fenómeno psicológico ordinario la reflexión en nuestro entendimiento, como en un espejo, de los falsos juicios ajenos cuando la autoridad de la persona nos permite ceder tranquila y mansamente á sus palabras. No queremos con esto justificarnos por entero de nuestro error alegando una causa eximente de responsabilidad. Nos declaramos, por el contrario, responsables, pero solicitando que se reconozca que no lo somos principalmente del error cometido, sino del mal designio con que en un momento de precipitación nos confiamos noblemente á quien, por otros muchos pecados de esta índole, debía estar en todos los instantes sometido á una forzosa cuarentena y á un reconocimiento escrupuloso.

* * *

Efectos de las condiciones suspensivas y resolutorias.—Fijado ya el sentido del art. 799 ó, por mejor decir, su falta de sentido, la explicación de los efectos de estas condiciones se reduce á pocas palabras. Es curiosa y muy práctica, á este efecto, la distinción que se hacía por los antiguos tratadistas, de tres tiempos: *pendente conditione*, esto es, en espera de si la condición se realizará ó no; *impleta conditione*, esto es, ya realizada; y *deficiente conditione*, ó sea, demostrado que ya no puede realizarse. Los efectos de las condiciones, en cada uno de estos tres casos, derivan sencilla y naturalmente, como las aguas de un arroyo, del manantial de su propia naturaleza.

A) Condiciones suspensivas.—En éstas, la efectividad del derecho se subordina enteramente al cumplimiento de la condición.

Pendente conditione; el heredero sólo vive con una expectativa; ni ha adquirido el derecho, ni ha dejado de adquirirle, ni se sabe si le adquirirá ó le perderá definitivamente. Este es el momento en que tiene aplicación el art. 759 del Código, y en el que á primera vista parece también tenerla el 799. Nosotros no creemos, sin embargo, que haya condición que suspenda la ejecución del testamento que no sea ó una propia condición suspensiva, á la que se aplicará el art. 759, ó una institución desde cierto día fijo, á la que procederá aplicar el 805. Este art. 799 no tiene valor sino como rompecabezas legal; resuelto el rompecabezas, carece por completo de importancia. Mientras la condición suspensiva está pendiente, el heredero no ha adquirido el derecho, y la herencia se halla sometida á administración, como dispone el artículo 801, contradictorio también del 799.

Impleta conditione; el heredero adquiere su derecho de una manera definitiva. El efecto se retrotrae entonces al instante de la apertura de la sucesión, y considérase hecho el nombramiento en forma pura. Sostiene Ortolán que este efecto retroactivo no consiste en el cumplimiento de la condición, sino en la adición de la herencia, porque sólo la última tiene la virtud de retrotraer, según el principio romano: *Haeres quandoque adeundo haereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligit (Dig. 29, 2, 54);* pero olvida el principio de no poder existir juntas la herencia testada é intestada, y principalmente este otro principio del *Digesto*, relativo á las condiciones *(ley 26, de con*

inst.): Ea expleta perinde est ac si haereditas, vel legatum, cui adjecta est, pure relictum sit.

Defficiente conditione; bien por ser imposible su cumplimiento objetivo, bien el subjetivo, por fallecimiento del heredero, la herencia pasa á los sucesores legítimos. (Art. 759.)

B) Condiciones resolutorias. – En estas condiciones, el derecho hereditario se adquiere desde luego íntegramente.

Pendente conditione; el heredero disfruta de la herencia en toda su extensión.

Defficiente conditione; el derecho se adquiere ya para siempre, desapareciendo en su caso la necesidad de la garantía que haya podido prestarse, por analogía con lo dispuesto en el artículo 800.

Impleta conditione; el derecho hereditario se resuelve, pasando á las personas designadas por el testador al establecer la condición, y á veces, según la naturaleza del caso, á los herederos legítimos.

C) Condiciones suspensivas y resolutorias en materia de obligaciones.— El art. 1.120 establece el efecto retroactivo de la condición cumplida cuando es de dar, pero no cuando es de hacer ó no hacer, en que queda al arbitrio de los Tribunales. Á pesar de lo dispuesto en el 791, el 1.120 no es aplicable á la materia de testamentos, porque atentaría al principio general é indestructible de que la sucesión hereditaria se abre en el momento del fallecimiento del testador.

Son aplicables, en cambio, el art. 1.121, el 1.122 y el 1.123. Del primero haremos mención al comentar el 801 y siguientes; terminando ahora con la advertencia de que cuando se resuelva el derecho hereditario, por cumplimiento de la condición resolutoria, se habrán de abonar al segundo heredero las pérdidas, deterioros y mejoras, como se dispone en el art. 1.123, con referencia á las reglas establecidas en el 1.122.

ART. 800. Si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuere negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con afianzar que no harán ó no darán

lo que fué prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido, con sus frutos é intereses.

Concordancias.—Igual al art. 711 del proyecto de 1851 y al 887 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley 7.ª, tit. IV, Partida 6.ª*—... Pero aquel que fuesse establescido so tal condicion que non fiziesse alguna cosa señaladamente, este atal ha menester que de atal recabdo que sean seguros que non faga aquello que le defendió el testador. E si esto non quisiere fazer, non deue auer la herencia en que era establescido por heredero.

COMENTARIO.—*División de las condiciones en afirmativas y negativas.*—Consisten las primeras, como su mismo nombre lo indica, en un hecho que ha de suceder, como, por ejemplo: «si se casase», para que la institución tenga efecto; y las segundas, en un hecho que no ha de suceder, como, por ejemplo: «si no se casase».

Aparentemente, esta división se confunde con la antes estudiada: en suspensivas y resolutorias. Parece, en efecto, en los ejemplos que acabamos de poner, que sujetar al heredero á la condición de casarse es suspender su derecho hasta la realización de este acontecimiento, y que obligarle á no casarse es ponerle en la situación de quedar resuelto su derecho en caso de contravenir á esa voluntad testamentaria.

Penetrando un poco, sin embargo, en el carácter de las condiciones suspensivas y resolutorias, se nota que esta división es independiente de la que estudiamos en el actual artículo. Lo mismo pueden ser afirmativas las que suspenden el derecho que las que lo resuelven, y lo mismo pueden ser negativas. Ejemplos: De suspensiva afirmativa: «Si se casase.» De suspensiva negativa: «Si no se casase.» De resolutoria afirmativa: «Mientras mi hermano siga viviendo en Filipinas.» De resolutoria negativa: «Si mi hermano no vuelve á vivir en Londres.» En las primeras, el nacimiento del derecho hereditario se subordina cumplimiento de la condición. En las segundas, por el contra

el derecho se adquiere desde luego, á reserva de que, de realizarse el hecho afirmativo ó negativo en que consiste, el derecho quede resuelto.

***

A cuáles se aplica el art. 800.—Desde luego, á las resolutorias no tiene aplicación, sean afirmativas, sean negativas, porque en unas y en otras el derecho se adquiere íntegramente al fallecimiento del causante, sin que los herederos *ab-intestato*, ó en su caso las personas á quienes la condición se refiere, puedan exigirle obligación ni garantía alguna hasta el momento preciso en que la condición se cumpla.

Entre las suspensivas, el Código se refiere exclusivamente á las potestativas. Se trata, piensa el legislador, de acontecimientos que dependen de la voluntad del heredero; está en sus manos satisfacer ó no satisfacer la voluntad del testador. En las casuales no concurre esta circunstancia; el heredero desconoce, lo mismo que cualquiera otra persona, si el hecho tendrá realización. He aquí, pues, la causa de la diferencia. Basta en las potestativas que afiance su propósito de que la condición se realice para que pueda ya darse por realizada; al contrario de lo que sucede en las casuales.

Lo extraño es que no se aplique igual disposición de ley á las condiciones mixtas. ¿No dependen éstas también de la voluntad del heredero?

Si el Código se refiriera en este artículo á las condiciones afirmativas lo mismo que á las negativas, la contestación no sería dudosa; pero trata exclusivamente de las que constituyen una obligación de no hacer ó no dar determinada cosa. A poco que se medite se comprende la imposibilidad de una condición mixta negativa. Tratándose de una actitud pasiva en el heredero, de una negación de actividad, ¿cómo podría establecerse la concurrencia de actividades que caracteriza á las condiciones mixtas? Cuando se dice «si se casase con María», hay una condición xta en que interviene la voluntad de dos personas; pero en el mplo negativo, «si no se casase con María», hay una sola voıtad, que es la del heredero colocado en la situación de satiscer ó no el deseo testamentario.

El Código hace muy bien, por consecuencia, en referirse sólo á las condiciones potestativas negativas. ¿Hace del mismo modo bien en limitar esta negación á los términos no dar ó no hacer? La ley 60, *D. de cond. et dem.*, define las condiciones negativas con tres términos: «no dar, no hacer y no recibir.» *In facto consistentes conditiones varietatem habent; ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat; vel retro ne detur, ne fiat, nec obtingat.* Es indudable, sin embargo, que el término «no recibir» está implícitamente comprendido en el de no hacer; no cobrar una deuda, no recibir una herencia, llevan envuelta la idea de no hacer lo necesario para percibir el dinero ó los bienes. La expresión del Código es, por consecuencia, suficiente.

***

Fianza del heredero.—La mayor parte de las condiciones de no dar ó no hacer pesan sobre el heredero durante toda su vida. «Si no se casa», «si no se desprende de sus alhajas», «si no sirve destinos del Estado», son hechos que mientras vive el heredero pueden realizarse y matar la disposición hereditaria. Algunas veces el término está definido por circunstancias concurrentes, que pueden producir en vida del heredero la seguridad de que no se atentará ya á la voluntad del testador. En el siguiente ejemplo: «si no se casase con María», fallecida María, la seguridad del cumplimiento de la condición es indudable.

Pero la regla general es que la influencia de estas condiciones negativas se prolongue durante toda la vida del heredero, lo cual supone, por lo tanto, que el cumplimiento de la condición es coetáneo de su muerte, y que le resulta imposible aprovecharse de los beneficios de la liberalidad.

Pareció odioso este rigor al gran político y jurisconsulto de Roma *Quintus Mucius Scævola*, con cuyo mismo nombre nos honramos, aunque por causas diferentes, á nuestro pesar, de las que procuraron para él, en opinión de Diodoro Siculo, la consideración de ser *el más ilustrado de los romanos*, en la mis época en que florecía Cicerón, y creó la llamada caución M *ciana*, que llega todavía al art. 800 del Código civil fresc lozana, como en sus orígenes. Lo mismo que en Roma y que

la legislación de las Partidas, el heredero puede adquirir desde luego la herencia, garantizando la devolución de los bienes, con sus frutos é intereses, para el caso de que la condición no se cumpla, percibiéndolos todos, por lo tanto, desde el primer momento, y haciéndolos suyos definitivamente si la voluntad del testador queda satisfecha.

A) Constitución de la fianza.—Es seguro que esta constitución ha de ser previa al disfrute de la herencia, porque de no haberse prestado la fianza, el heredero no puede recibir los bienes, con arreglo al art. 801, sino que deberán ponerse en administración.

Pero ¿quién ha de pedirla? Naturalmente, aquel á quien se devolverán los bienes en caso de incumplimiento de la condición. Serán, pues, el sustituto, ó el coheredero, ó colegatario con derecho de acrecer, ó el sucesor *ab-intestato*. Pero en el caso más frecuente, que es el último, el sucesor *ab-intestato* es desconocido á los efectos de la ley, porque, con arreglo á la de Enjuiciamiento civil, la declaración de estos herederos sólo puede hacerse á falta de otros testamentarios, según claramente se deduce de su art. 979. Este es uno de los puntos en que la ley de Enjuiciamiento ha de ser, á nuestro juicio, reformada; y en tanto que no lo sea, creemos que, para el objeto de la prestación de la fianza, por lo mismo que se supone la conformidad de parte del heredero sometido á condición, bastará con establecer en acto de jurisdicción voluntaria el derecho presunto del sucesor legítimo á heredar los bienes en caso de incumplimiento de lo mandado por el testador.

¿En qué forma se ha de afianzar? Este es un punto á discutir entre el heredero condicional y el que resulte interesado en la prestación de la fianza. Sobre el acuerdo de ambos no cabe establecer reglas; toda clase de fianza será suficiente si el interesado en el asunto la admite. Pero no habrá siempre necesidad de satisfacer los deseos de este interesado cuando pretenda una fianza imposible, ni se deberá por eso poner los bienes en administración. Esta será entonces una materia contenciosa, y mientras otra cosa no se halle dispuesta, quedará entregada á la resolución de los Tribunales por vía de juicio ordinario.

B) Cancelación de la fianza.—Tendrá lugar, á instancia del propio heredero, cuando en vida suya se haga imposible el

hecho prohibido al testador, ó á instancia de sus respectivos sucesores cuando la condición se prolongue durante toda la vida del heredero sometido á ella. Esto no ofrece ninguna dificultad.

C) Devolución de los bienes, con sus frutos é intereses.— Ocurre, naturalmente, cuando el heredero da ó hace lo prohibido por el testador. La prueba del hecho corresponderá al heredero á quien deban legalmente devolverse los bienes. Es indudable que el heredero que hace ó da lo que le fué prohibido (salvo cuando proceda declararle irresponsable, con sujeción al párrafo segundo del art. 798), habrá de ser considerado entonces como poseedor de mala fe. Le serán aplicables, por lo tanto, las reglas que hemos establecido en el comentario del art. 760 en cuanto al heredero incapaz, exceptuando aquello en que se pueda perjudicar á tercero. Esta excepción es consecuencia necesaria, á nuestro juicio, de dos razones: 1.ª, que el heredero condicional no es aparente, y debe suponerse siempre en el tercero la buena fe; 2.ª, que la fianza prestada por el heredero garantiza ya las enajenaciones de los bienes en grado suficiente, al menos para los efectos de la ley.

ART. 801. Si el heredero fuere instituído bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

Lo mismo se hará cuando el heredero ó legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.

Concordancias.—Igual al art. 888 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 802. La administración de que habla el título precedente se confiará al heredero ó herede-

instituídos sin condición, cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer. Lo mismo se entenderá respecto de los legatarios.

Concordancias.—Igual al art. 889 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 803. Si el heredero condicional no tuviere coherederos, ó teniéndolos no existiese entre ellos derecho de acrecer, entrará aquél en la administración, dando fianza.

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza, y si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

Concordancias.—Semejante al art. 890 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

ART. 804. Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente.

Concordancias.—Igual al art. 891 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 801, 802, 803 Y 804.—*Administración de la herencia.*—El art. 801 da por supuestas las clasificaciones de la condición en suspensiva y resolutoria y en rmativa y en negativa.

El Código no establece en ninguna parte lo que se entiende por condición resolutoria, ni las consecuencias que produce en orden al ejercicio del derecho hereditario, mientras la condición está pendiente. Pero en el propio hecho de referirse expresamente en el art. 801 á la condición suspensiva, da por supuesto el necesario resultado de la naturaleza de la condición resolutoria; esto es, el pase inmediato de los bienes al heredero, á reserva de la futura resolución de su derecho.

Distingue también calladamente las condiciones afirmativas y negativas, y entre éstas, por consecuencia de lo dispuesto en el art. 800, las potestativas, casuales y mixtas. La condición suspensiva potestativa negativa transmite los bienes al heredero, no como la resolutoria, sino mediante la caución Muciana establecida en dicho art. 800. Por el contrario, las condiciones suspensivas potestativas afirmativas, las suspensivas casuales, afirmativas ó negativas, y las suspensivas mixtas, figuran en la regla fijada por el art. 801 y producen la consecuencia de haberse de poner los bienes hereditarios en administración hasta que la condición se realice ó hasta que haya certeza de que no podrá cumplirse. Las condiciones á que el art. 800 se refiere vienen á hallarse en este mismo caso, con sumisión á la propia regla, siempre que el heredero condicional, por una ú otra causa, no preste la garantía necesaria para asegurar la devolución de los bienes y de sus frutos é intereses.

***

Personas á quienes corresponde la administración.—1.° En el art. 802 se impone la necesidad de nombrar administradores de los bienes al heredero ó herederos instituídos sin condición, cuando entre ellos y el condicional hubiese derecho de acrecer. Esta disposición es análoga á la del Código de Portugal (artículo 1.822) y á la del italiano (art. 858). Es sabido que, como se dispone en el art. 982, el derecho de acrecer entre coherederos y colegatarios, en una sucesión testamentaria, sólo pue tener lugar en dos casos: 1.° Que dos ó más sean llamados á u misma herencia ó á una misma porción de ella sin espec designación de partes. 2.° Que uno de los llamados muera an

que el testador, ó que renuncie la herencia, ó sea incapaz de recibirla.

2.° El art. 803 coloca en segundo lugar para la administración de los bienes al heredero condicional. Alude sólo al caso en que éste no tuviese coherederos, ó, teniéndolos, no existiese entre ellos derecho de acrecer; pero es de suponer que ocurrirá lo mismo cuando dichos coherederos, en uso de su perfectísimo derecho, renuncien á la administración. Esta disposición, análoga á la del art. 1.623 del Código de Portugal, no tiene equivalente en el de Italia, según el cual, á falta de los mencionados coherederos, ha de confiarse á los herederos legítimos del causante. La administración confiada al heredero condicional requiere la previa prestación por éste de fianza, lo cual en cierto modo le equipara á la situación que se produce por la prestación de la caución Muciana en el art. 80); pero queda, sin embargo, la diferencia esencial de que mientras allí la fianza asegura la devolución de toda la herencia, aquí sólo precisa garantizar los resultados de la administración, y de que mientras allí tiene el heredero la propiedad de los bienes, aquí está reducido á la condición de mero administrador. Es de observar, por otra parte, en esta disposición, que se hace al heredero condicional de peor condición que á los coherederos, obligando á aquél y no á éstos á prestar fianza. Lo peor de esta diferencia está en la exención con que se favorece á los coherederos, porque, por mucho que se apuren las cosas, siempre ha de ser el interés de los mismos contrario al del heredero condicional que espera recibir los bienes, sin que, por otra parte, pueda suponérseles un gran desinterés, ni aun en el caso improbable de contar con el incumplimiento de la condición.

3.° Si no prestase fianza el heredero condicional (y suponemos que también si no quisiera la administración), el art. 803 manda conferirla al heredero presunto. El Código de Portugal es en el fondo análogo al nuestro, pero el italiano se diferencia: 1.°, en que hace potestativa en el Juez la facultad de conferir ó no la administración al heredero presunto, y 2.°, en que se refiere sólo á los presuntos herederos *ab-intestato* y, por lo tanto, excluye al sustituto nombrado por el testador, único heredero presunto posible en este caso de sustitución. El art. 803, por otra

parte, obliga también á este heredero presunto á la prestación de la fianza.

4.° En defecto de todas estas personas, el Código autoriza al Juez para el nombramiento de una tercera que se haga cargo de la administración bajo fianza, prestada con intervención del heredero. Esta intervención del heredero en la prestación de la fianza no se permite cuando la administración se confía al heredero presunto, sin que nosotros comprendamos la razón práctica de semejante diferencia.

***

Derechos y obligaciones de los administradores.—Según el artículo 804, son los mismos que corresponden á los administradores de los bienes de un ausente á que se refieren los artículos 187 á 190. En los Códigos de Portugal y de Italia se les equipara á los curadores de la herencia yacente, debiendo inventariar los bienes, ejercitar y promover los derechos de la herencia, responder á las demandas contra la misma, administrar los bienes, depositar el metálico y rendir cuentas de la administración. Salva la forma de la indicación legal, ninguna diferencia hay entre esta determinación de obligaciones y la de nuestro Código respecto de todos estos puntos generales.

No es dudoso tampoco que desde la designación de la persona del administrador hasta la terminación del encargo, todas las medidas que requiera la administración habrán de ser intervenidas por el Juez de primera instancia correspondiente, aplicando en lo pertinente, mientras la ley de Enjuiciamiento civil no sea reformada, los artículos 2.031 á 2.047 de la misma, que tratan de la administración de bienes de ausentes; y que, con arreglo á ellos, una vez justificado el cumplimiento de la condición ó la imposibilidad de cumplirla, se sobreseerá el procedimiento, entregando los bienes á quien corresponda y rindiéndosele por el administrador cuenta justificada de los productos y de los gastos.

***

Aplicación del art. 1.121.—Según él, el acreedor, antes del cumplimiento de las condiciones, puede ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho. Sin duda alguna, esta misma facultad corresponderá á los herederos condicionales, pero debiendo ejercitarse por el administrador de los bienes, voluntariamente ó, en otro caso, por requerimiento del Juez que conozca de la administración.

ART. 805. Será válida la designación de día ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado.

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, ó cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso, no entrará éste en posesion de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituído.

Concordancias.—Igual al art. 892 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Impresionados los autores del Código por la repugnancia que se tuvo en Roma á la sucesión á término, y por su nulidad actual en legislaciones tan dignas de respeto como la de Francia, la de Italia y la de Portugal, han considerado conveniente empezar la redacción del art. 805 por la declaración expresa de ser válidas las instituciones en que se designe el día ó tiempo en que han de comenzar (término *a quo*) y el en que han de cesar (término *ad quem*).

«*Semel haeres, semper haeres*», dijeron los romanistas. No se podía en Roma ser heredero *ab-intestato* después de haber rtenecido la herencia á otro testamentario, ni ser heredero r testamento después de haberse abierto la sucesión legítima. tratar de la institución de heredero en general (preámbulo e la sección 2.ª y comentario del art. 764) hemos explicado las ausas de aquel horror de los romanos á la concurrencia de dos

distintos géneros de sucesión para un mismo individuo, y las que han ido haciendo desaparecer este horror entre los jurisconsultos modernos. Comentando después el art. 799, se nos ha presentado ocasión de patentizar las contradicciones y balanceos en que incurren los Códigos que cierran la puerta todavía á la institución por tiempo limitado.

Ni debemos volver sobre estas razones, ni es necesario que nos detengamos á explicar el concepto de la institución á término, y sus diferencias de la condicional, expuestas ya minuciosamente en el comentario de los artículos 790 y 791.

Bastará fijarnos en lo único que es ya privativo de este artículo, ó sea en el llamamiento del sucesor *ab-intestato* durante el tiempo que tarde en entrar el testamentario, ó por el tiempo posterior al ejercicio del derecho del mismo; y, aun en esto, con la limitación que naturalmente nos impone la misma sencillez del principio.

Desde luego, se trata solamente del caso en que el testador no haya designado la persona que deba suceder en defecto del instituído á término. Esto es aplicable al término *a quo* y al término *ad quem;* como es aplicable la regla de que la declaración del derecho del sucesor *ab-intestato* habrá de hacerse por los mismos trámites de la ley de Enjuiciamiento civil, considerando reformado su art. 979 en el sentido de que se justifique que está abierta la sucesión legítima por un plazo determinado, ó que lo está definitivamente, por haber espirado el término que se señaló al derecho del primeramente instituído.

Restan solamente dos cuestiones:

1.ª El heredero á quien correspondan los bienes en primer lugar, ¿podrá enajenarlos ó habrá de reservarlos íntegramente para el segundo heredero? No nos ofrece duda la contestación afirmativa del segundo período de la pregunta, ni aun en el supuesto de que el primer heredero sea el testamentario, porque en el mero hecho de habérsele señalado un término fijo, ha de entenderse que el testador quería reservar la herencia á otra persona en segundo lugar. ¿Qué es, en consecuencia, la institución á término? Una división, entre el usufructo, que corresponde al primer heredero, y la propiedad, que corresponde último.

2.ª ¿A quién pasarán los bienes cuando el heredero legítim

á quien corresponda la herencia provisional no preste fianza? El Código no lo ha previsto; pero también parece indudable que la no prestación de fianza en este caso equivale á la renuncia, y que, por consecuencia, se pasará al siguiente grado de la sucesión *ab-intestato*, y así sucesivamente hasta el Estado, el cual, sin duda alguna, no vendría obligado á la prestación de la garantía.

APÉNDICE ÚNICO

LEGISLACIÓN DESVINCULADORA

De intento hemos dejado para este lugar la indicación del contenido de las *leyes* llamadas *desvinculadoras,* á partir de la *de 27 de Septiembre-11 de Octubre de 1820,* que suprimió en general toda clase de vínculos sobre bienes raíces.

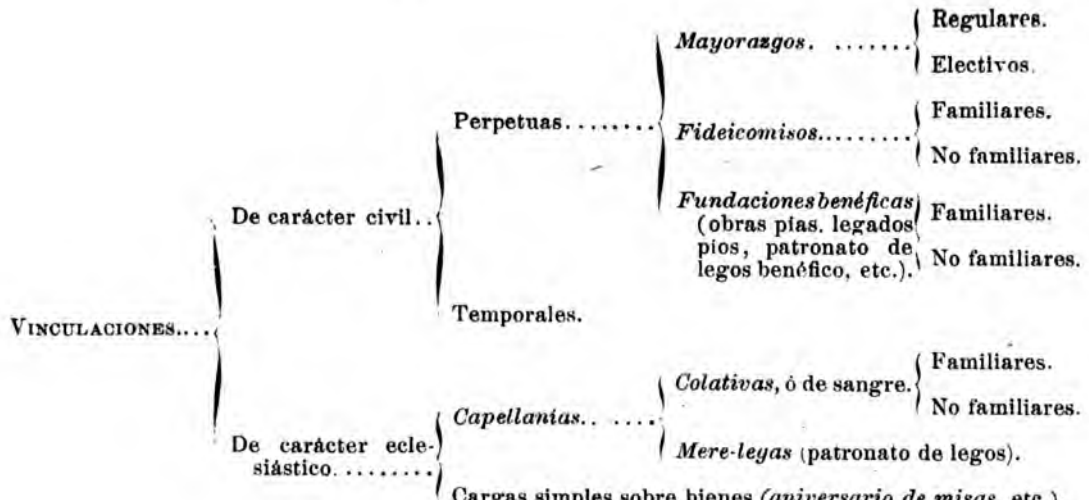
Para incluirla en el comentario del art. 781, tropezábamos con la dificultad de no encajar en él sino como noticia histórica, que, ó hubiésemos dejado muy incompleta, ó nos hubiera ocupado un espacio proporcionalmente excesivo. No era tampoco posible abandonarla por completo, en atención á que actualmente se suscitan todavía dudas y llegan á la jurisdicción de los Tribunales cuestiones sobre la buena ó mala aplicación que se hizo á su debido tiempo de aquellas leyes complicadas, sobre los derechos adquiridos ó perdidos desde entonces por la prescripción y sobre la legitimidad de determinadas adquisiciones de bienes hechas al amparo de la legislación desvinculadora.

Ocurre también que, no obstante la importancia de este asunto y el hecho de haber constituído la principal ocupación de todos los Letrados durante medio siglo, no hay obra alguna dedicada á la condensación de la doctrina, á la aclaración de los puntos principales de dificultad, á la ayuda, en fin, del estudio para los no iniciados en él. Resulta indispensable, para obtener un conocimiento general é imperfecto de este derecho, el estudio de centenares de disposiciones legislativas y de sentencias de los Tribunales, en las que no ya los preceptos, sino los mismos nom-

bres de las instituciones á que se aplican, aparecen obscurecidos y confusos, formando un verdadero laberinto, en el que difícilmente se afirma el paso, siempre á tientas y á obscuras.

Hemos creído, pues, de nuestro deber, no llenar el vacío completamente, con una amplia disertación, pero sí aclarar las nociones y señalar las eminencias del terreno, en forma tal que facilite el trabajo y el estudio, sobre todo á los Letrados jóvenes, á quienes la complicación de ideas y preceptos de las leyes desvinculadoras dificulta notablemente su conocimiento.

Á este fin, vamos á resumir é indicar los preceptos legales y las doctrinas de la jurisprudencia, estableciendo por nuestra cuenta una clasificación de las distintas clases de vinculaciones á que se ha aplicado la obra de las leyes, y tratando con la debida separación de cada uno de sus grupos. La clasificación necesaria á los efectos de nuestro estudio, está comprendida en el siguiente *cuadro sinóptico:*


VINCULACIONES....
De carácter civil..
Perpetuas.....
Mayorazgos. .....
Regulares.
Electivos.
Fideicomisos.....
Familiares.
No familiares.
Fundaciones benéficas (obras pias. legados pios, patronato de legos benéfico, etc.).
Familiares.
No familiares.
Temporales.
De carácter eclesiástico.....
Capellanías.. ....
Colativas, ó de sangre.
Familiares.
No familiares.
Mere-leyas (patronato de legos).
Cargas simples sobre bienes (aniversario de misas, etc).

Mayorazgos regulares.

Su abolición.—Explicadas quedan en el comentario del citado art. 781 las causas que produjeron en definitiva la desvinculación de bienes, decretada, después de algunas otras medidas particulares, en el art. 1.° y en el 14 de la *ley de 27 de Septiembre-11 de Octubre de 1820.*

«Quedan suprimidos, dijo el art. 1.°, todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.»

«Nadie podrá en lo sucesivo, agregó el art. 14, aunque sea por vía de mejora ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre Bancos ú otros fondos extranjeros.»

Los males á que se trataba de poner remedio habían sido producidos por la excesiva amortización de los bienes inmuebles, de la que se había originado un grave estancamiento de los medios principales y primordiales de la producción de la riqueza. El fin de la obra era evidentemente la desamortización de los bienes raíces.

Las vinculaciones de bienes, sin embargo, al lado de este mal común á todas las amortizaciones, adolecían de otros vicios morales y jurídicos, y necesitaron de medidas más radicales, á juicio de los legisladores. Lo mismo el art. 1.° que el 14, como se expresa claramente en ellos, abarcaron por igual los bienes inmuebles, los semovientes y los muebles, incluso las acciones sobre Bancos ú otros fondos extranjeros; y en este sentido se dictó también la *sentencia* del Tribunal Supremo de *26 de Junio de 1858* según la cual «no pueden vincularse bienes raí--- muebles ni metálico, ni constituirse sobre ellos memorias - petuas de misas».

La eficacia de la ley de 1820 duró por entonces poco tie porque, debida al Gobierno liberal que trajeron á España

alzamientos de aquel año, fué derogada en *1.º de Octubre de 1823* por *Real decreto* de Fernando VII, en que quedaron anulados todos los actos del mencionado Gobierno, merced al nuevo régimen impuesto por la intervención de la «Santa Alianza». Consecuencia de este Real decreto fué la *Real orden de 11 de Marzo de 1824*, que mandó restituir las cosas al sér y estado que tenían en 1820, anulando las desmembraciones que hubiesen sido hechas en los vínculos por compra, donación ó cualquier otro medio.

Estas disposiciones, atentatorias de la desvinculación, hicieron el efecto de los medicamentos con que se combate la fiebre, sin atacar la causa morbosa; á la violencia de la acción contesta la violencia, más grande aún, de la reacción. Apenas empezado el reinado de Doña Isabel II se dictó la *ley de 9 de Junio de 1835*, reparadora parcialmente del *Real decreto de 11 de Octubre de 1823* y de la *Real orden de 11 de Marzo de 1824*. Al mismo tiempo se iba preparando la reconquista de la ley de 11 de Octubre de 1820, que tuvo al fin lugar en el *Real decreto de 30 de Agosto de 1836*, cuyo tenor literal es el siguiente:

«1.º Se restablece en toda su fuerza y vigor el decreto de las Cortes de 27 de Septiembre de 1820, publicado en las mismas como ley en 11 de Octubre del mismo año, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie y restituídos á la clase de absolutamente libres los bienes de cualquiera naturaleza que las compongan.

2.º Quedan asimismo restablecidas las aclaraciones relativas á la desvinculación hechas por las Cortes en 15 y 19 de Mayo de 1821 y en 19 de Junio del mismo año.

3.º La ley restablecida por este decreto principiará á regir desde la fecha del mismo.

4.º Se reserva á las próximas Cortes determinar lo conveniente sobre las desmembraciones que tuvieron los mayorazgos mientras estuvo vigente la ley de 27 de Septiembre de 1820 por donaciones graciosas ó remuneratorias ó por cualquier otro título traslativo de dominio legítimamente adquirido.

5.º Los convenios y transacciones celebrados entre los interesados á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 9 de Junio 1835 tendrán cumplido efecto».

Siguió á este decreto, como se anunciaba, la ley de *19 de*

Agosto de 1841, que, con las demás indicadas hasta aquí, constituye el nervio de la legislación desvinculadora. Más adelante haremos indicación de sus disposiciones, así como de las contenidas en la ley de 19 de Junio de 1821, á que también se hace referencia en el preinserto Real decreto.

División de los bienes entre el poseedor y el sucesor.—Esta fué la feliz fórmula encontrada para el respeto de todos los derechos directos é inmediatos. Se refiere á ella el art. 2.° de la ley de 1820, en estos términos:

«Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior podrán desde luego disponer libremente, como propios, de la mitad de los bienes en que aquéllas consistieren, y después de su muerte, pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda también disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad que se reserva al sucesor inmediatamente no será nunca responsable á las deudas contraidas ó que se contraigan por el poseedor actual.»

No obstante la claridad de este precepto, la jurisprudencia ha tenido que resolver numerosísimas contiendas, hasta en la parte más clara de él. Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que han confirmado casi con las mismas palabras el texto legal, desconocido ó combatido en los recursos. Á ellas pertenece la de *9 de Noviembre de 1865*, en que se sienta la doctrina de que «el poseedor de un mayorazgo á la fecha de la ley de 11 de Octubre de 1820, si bien tenia facultad para disponer libremente de la mitad de los bienes amayorazgados que poseía, no la tenía para hacerlo de todos, puesto que estaba obligado á reservar la mitad íntegra al inmediato sucesor.»

Resuelve una duda, aunque de poca importancia, la de *5 de Junio de 1872,* que declara lo siguiente: «El que, publicada la ley de desvinculación, era sucesor por ministerio de la ley en la mitad de los bienes de un vínculo en concepto de libres, y heredero único de la otra mitad, pudo, al otorgar su testamento disponer de todos los dichos bienes como libres, y, por consiguiente, á su muerte han podido y debido ser incluídos en el inventario con todos los demás que le hubiesen pertenecido hasta entonces».

También ha necesitado advertir la jurisprudencia en varias decisiones, aunque la dificultad era leve, por lo mismo que, aun antes de la desvinculación estaba ya admitida esta doctrina, que «el poseedor de un vínculo que no tiene sucesores legítimos á la vinculación puede disponer de la totalidad de los bienes que la constituyen». *(S. de 29 de Octubre de 1859.)*

No por el hecho de ser posesor actual quedaba indiscutiblemente afirmado el derecho para disponer de los bienes, si la posesión no era legítima. Para aclarar esta materia, el Tribunal Supremo ha declarado: 1.°, que aun cuando por la ley de 11 de Octubre de 1820 se concedía á los poseedores de vinculaciones la facultad de disponer libremente de la mitad de los bienes de aquéllas, no se privó por eso de su derecho á los terceros que lo tuvieran preferente al de los poseedores actuales *(S. de 14 de Diciembre de 1848);* 2.°, que la mitad de los bienes vinculados concedidos por la ley de 11 de Octubre de 1820 á los actuales poseedores, pertenece á los poseedores de derecho, á los que debían poseer conforme á las reglas de fundación; del mismo modo que la mitad reservada para los inmediatos sucesores corresponde á los que debían sucederle en el vínculo si subsistiese *(S. de 23 de Mayo de 1855),* y 3.°, que el sucesor inmediato á las vinculaciones suprimidas por la ley de 11 de Octubre de 1820, y á quien debe pasar la mitad íntegra de los bienes de su dotación, es aquel que habiendo sobrevivido al poseedor debería suceder si dichas vinculaciones subsistiesen. *(S. de 4 de Mayo de 1866.)*

Para acreditar el derecho de sucesor legítimo del poseedor actual se necesitaban varias condiciones. La única sentencia que las determina con precisión es la de *4 de Febrero de 1876,* que dice: «Para poderse aplicar válidamente la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, y señaladamente lo dispuesto en sus artículos 2.° y 3.°, con relación á los bienes determinados en interés del presunto inmediato sucesor del mayorazgo y en perjuicio de terceras personas, es indispensable acreditar previamente: 1.°, la escritura legal del vínculo, consignada en documento solemne, revestido de los necesarios requisitos é inscrito oportunamente en el Registro de la propiedad; 2.°, la circunstancia esencial de que los bienes ó fincas en cuestión forman parte integrante del mismo

vínculo, y 3.°, el derecho indubitado de sucesión, en el que invoca la calidad de inmediato al poseedor actual y realizado ya por el fallecimiento de éste.»

Como vamos viendo, los bienes de la vinculación se declararon libres. Determinan exactamente esta libertad muchas sentencias del Supremo, en las que se contienen las siguientes doctrinas: 1.°, que «restablecida la ley de 11 de Octubre de 1820 por el Real decreto de 20 de Agosto de 1836, quedaron desde esta fecha libres los bienes que antes fueron vinculados y sujetos á las prescripciones del derecho común, no pudiendo desde entonces tener lugar en ellos el cumplimiento de condiciones incompatibles con el estado de libertad de los mismos» *(S. de 10 de Febrero de 1865);* 2.°, que «entre aquellas condiciones está comprendida la de ordenarse á título de las capellanías laicales ó patronatos de legos, por ser inconciliable con la libertad de los bienes y derecho de dividirlos y enajenarlos concedido por la citada ley al poseedor y á su inmediato sucesor» *(S. de 30 de Marzo de 1868),* y 3.°, que «aunque los bienes vinculados entraron en la clase de libres y quedaron sujetos á la legislación común en virtud de la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 1836, conserva el carácter vincular para los efectos necesarios la mitad reservable al inmediato sucesor hasta que entra éste en posesión de ella por fallecimiento del que era poseedor de la vinculación al restablecerse dicha ley». *(S. de 27 de Julio de 1881.)*

Ha merecido también grandes estudios la prescriptibilidad de los bienes. Sabido es que los bienes vinculares no estaban sujetos á prescripción durante el antiguo régimen; pero se ha declarado en varias sentencias que «quedaron libres desde la ley de desvinculación de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836, siendo susceptibles de prescripción desde dicha época si concurrieron los requisitos de buena fe, justo título y posesión continua». *(S. de 19 de Diciembre de 1864, 11 de Enero de 1869, etc.)*

Por otras sentencias se resolvieron puntos especiales de esa prescripción, que todavía pueden ser de gran interés en la actualidad.

«Cualesquiera que sean los derechos que concede la ley de 1820 al inmediato sucesor de una vinculación, poseyendo

la finca reclamada de los demandados, que la adquirieron por herencia de su madre hace más de veinte años, la que á su vez la compró del que aparecía como dueño en 1852, é inscribió debidamente, han adquirido su dominio por prescripción, si la Sala sentenciadora estima que existen los requisitos legales para que deba ser declarada.» *(S. de 20 de Febrero de 1882.)*

«Si los demandados poseen los (bienes) que constituían el vínculo reclamado en el pleito desde 1842 en virtud de sentencia firme que declaró su derecho preferente desde aquel año, hasta la interposición de la demanda, han transcurrido más de treinta años, tiempo suficiente para adquirir por la prescripción ordinaria de diez y veinte años, puesto que concurrían los requisitos exigidos por la ley, y aun para la extraordinaria de treinta, sin que pueda admitirse la interrupción de la misma por la existencia de litigios entre otras personas que no son los demandantes actuales ni sus derecho-habientes.» *(S. de 14 de Enero de 1882.)*

«Restituídos desde 30 de Agosto de 1836 á la clase de absolutamente libres los bienes que habían sido vinculados, se hicieron necesariamente prescriptibles desde el mismo día, porque esta cualidad es elemento necesario de aquella condición absoluta, sin que la falta de división de bienes entre el poseedor actual y el inmediato, de cuya exclusiva voluntad dependía, pudiera alterarla ni suspenderla, ni menos prolongar en los bienes que á uno ó á otro pudieran corresponder la condición vincular que radicalmente había desaparecido de todos ellos, pues por más que dicha falta de división produjera naturalmente dificultades para su enajenación, tales dificultades, que el decreto de las Cortes de 19 de Junio de 1821 disminuyó notablemente, no procedían ya del carácter jurídico de los bienes mismos, ni afectaban, por consiguiente, á su prescriptibilidad.» *(S. de 8 de Noviembre de 1870.)*

Venta de los bienes por el poseedor actual.—Se refiere á ella el art. 3.° de la ley de 1820, que dice: «Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enajenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasación y división de todos ellos con rigurosa igualdad, y con intervención del sucesor inmediato, y si éste fuere desconocido ó se hallare bajo la

patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el Procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derechos ó emolumento alguno. Si faltasen los requisitos expresados, será nulo el contrato de enajenación que se celebre.»

Este precepto fué ampliado y reglamentado por la ley de *19-28 de Junio de 1821*, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 1.° El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados podrá enajenar los que equivalgan á la mitad ó menos de su valor sin previa tasación de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en orden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá acción alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.

Art. 2.° Si el inmediato fuere desconocido ó se hallase bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el Síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, con arreglo al art. 3.° del decreto de 27 de Septiembre, cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores, los tutores y curadores, quienes para el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales del Reino, cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores.

Art. 3.° En el caso de que se opongan al consentimiento para la venta, el siguiente llamado en orden y los tutores ó síndicos, tratándose de la enajenación íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasación general que prescribe la ley de 27 de Septiembre; pero si sólo se pretendiere vender una ó más fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposición, podrá el poseedor acudir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda más de la mitad que le es permitido enajenar, se autorice la venta por el Juez y se proceda desde luego á ella.»

Tres sentencias del Tribunal Supremo, conformes con otras muchas referentes á casos análogos, nos conviene recordar.

Primeramente, la de *2 de Octubre de 1873:* «Si bien por el artículo 3.° de la ley de 11 de Octubre de 1820 se exigió para que los poseedores actuales de los vínculos por ella suprimidos pudiesen enajenar el todo ó parte de la mitad de los bienes de

los mismos, que se hiciese formal tasación y división de todos ellos con rigurosa igualdad y con intervención del sucesor inmediato, y si éste fuera desconocido ó se hallase bajo la patria potestad del poseedor actual, con la del Procurador Síndico del pueblo en que éste último resida; esta disposición fué profundamente modificada por el decreto de las Cortes de 28 de Julio de 1821, que autorizó á los poseedores actuales para enajenar los bienes equivalentes á la mitad ó menos de su valor sin previa tasación de todos ellos y con el consentimiento del inmediato sucesor; disponiendo en su art. 2.° que si éste fuese desconocido ó se hallase bajo la patria potestad del poseedor actual, debiese prestar el consentimiento el Procurador Síndico, según había establecido dicha ley de 11 de Octubre. Se alega inoportunamente la infracción del art. 3.° de la propia ley, como se invoca sin razón la del 2.° de la de 28 de Junio de 1821, cuando á la enajenación cuya nulidad se reclama precedieron minuciosa y escrupulosamente todos los requisitos y formalidades que la última de dichas leyes señala, habiendo prestado su consentimiento el Procurador Síndico del pueblo en representación del menor, hijo inmediato sucesor del vendedor, y aun corroborándose este consentimiento por el del curador *ad litem*, que á mayor abundamiento se nombró al mismo.»

En segundo lugar, la de *16 de Octubre de 1860:* «El art. 3.° de la ley de 11 de Octubre de 1820 y el 1.° de la de 28 de Junio de 1821, al exigir para la enajenación del todo ó parte de la mitad de una vinculación la intervención ó el consentimiento del sucesor inmediato, se refieren al caso en que la enajenación se verifique por voluntad del actual poseedor. Si dicha enajenación se verifica, no por voluntad del poseedor actual, sino judicialmente y en subasta pública, á instancia de un acreedor y sin oposición del sucesor inmediato, será válida aunque no haya mediado el consentimiento expreso de éste, con tal que el valor de lo enajenado no exceda de la mitad íntegra de la vinculación.»

Por último, la de *19 de Diciembre de 1869*, que contiene, más que una interpretación legal, una doctrina propia. «Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, apoyada en las leyes de desvinculación, la venta de bienes vinculados correspondientes á la mitad reservable, no tiene validez hasta que se ratifique por

el verdadero sucesor del poseedor actual». En el mismo sentido se expresa la de *30 de Abril de 1873:* «No oponiéndose el inmediato sucesor á la venta hecha, sería ésta válida, según la letra y el espíritu del art. 3.° de la ley de 28 de Junio de 1821; pues sólo en el caso de oposición á dicha venta, no excediendo ésta de la mitad de lo que el poseedor podía disponer, habría necesitado éste la licencia de la Autoridad local para verificar aquélla.»

Enajenaciones hechas de 1820 á 1823.—Ya queda hecha ligera referencia á la causa de la ley de *19 de Agosto de 1841.* Su importancia en el asunto de las vinculaciones ha sido tan grande que debemos trasladarla íntegra.

«Artículo 1.° Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresión de mayorazgos y otras vinculaciones que están válidamente en observancia desde 30 de Agosto de 1836, en que fueron restablecidas, continuaron en vigor sólo en la Península é islas adyacentes.

Art. 2.° Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones desde que se expidieron hasta 1.° de Octubre de 1823. Serán respetados, y se harán efectivos, los derechos que en aquel período se adquirieron por lo establecido en las mismas del modo que se expresará en los artículos siguientes.

Art. 3.° Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, y cuyo dominio trasfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus herederos en su caso, si la traslación se hizo con los requisitos y formalidades prevenidos en las citadas leyes y declaraciones y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia.

Art. 4.° Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados que por título lucrativo adquirieron desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° del mismo mes de 1823, ó entrar en posesión de ellos, hubiesen recibido con anterioridad á este último día algunas cantidades por vía de dote ú otra causa cualquiera con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirla en cuenta de lo que les corresponda.

Las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundación, no están comprendidas en la disposición de este artículo.

Art. 5.° Recobrarán su fuerza y se harán también efectivos los contratos que celebraron los referidos poseedores desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.° de igual mes de 1823 con respecto á la enajenación, hipoteca ú obligación de la mitad de los bienes de que podian disponer.

Art. 6.° Se entregarán á los herederos testamentarios ó legítimos de los mismos poseedores y á los legatarios, los bienes que respectivamente les correspondieron de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron antes del 1.° de Octubre de 1823.

Art. 7.° Las disposiciones de los artículos que anteceden son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho á disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor, ocurrido antes del 1.° de Octubre de 1823.

Art. 8.° Los que en virtud de esta ley deben recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el Real decreto de 1.° de Octubre de 1823 y cédula de 11 de Marzo de 1824, ó entrar en posesión de los que con arreglo á la ley de 11 de Octubre de 1820 les correspondieron, no tienen acción para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes producidos desde el 1.° de Octubre de 1823 hasta la publicación de esta ley.

Art. 9.° Los poseedores en 11 de Octubre de 1820, que fallecieron desde 1.° de Octubre hasta 30 de Agosto de 1836, no transfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados.

Art. 10. Los que desde 11 de Octubre de 1820 hasta el 1.° del mismo mes de 1823 sucedieron en bienes que habían sido vinculados y fallecieron desde este último día hasta el 30 de Agosto de 1836, no transmitieron por sucesión testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados. Esto no se entiende con los herederos de los que habían adquirido bienes vinculados por compra ó cualquier otro contrato, durante el citado período desde 11 de Octubre de 1820 á 1.° del mismo mes de 1823.

Art. 11. Se declaran válidas y subsistentes las enajenacio-

nes de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1.° de Octubre de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836 en virtud de facultad real y con las formalidades prescritas por derecho. El producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculación se imputará al vendedor en la parte de ésta que le corresponda como libre.

Art. 12. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enajenaciones de aquellos bienes que específica y determinadamente pueden recobrar otros interesados en virtud de esta ley. Si éstos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán, indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones: y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiera recobrarlos de los demás bienes de las vinculaciones.

Art. 13. También se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta, subrogación ú otro título, y los bienes así adquiridos se considerarán en el caso que los demás que las componían.

Art. 14. Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de Junio de 1835, las ejecutorias dictadas en su virtud, y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.

Art. 15. Los poseedores de las fincas vinculadas y los dueños de las que deban entregarse en cumplimiento de esta ley podrán reclamarse mutuamente con arreglo á derecho los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.° de Octubre de 1823 hasta la promulgación de esta ley.

Art. 16. Los viudos y viudas de poseedores de vínculos ó mayorazgos, sea la que quiera la época en que se hubiesen casado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminución que se expresará en el art. 18.

Art. 17. Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, aun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mujeres ó maridos por escritura pública ó por testamen-

to, y en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes cuya libre disposición han adquirido.

Art. 18. Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente concedida desde 1.° de Octubre de 1823 y antes del 30 de Agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existian en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, menos los que deben entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero cuando haya esta disminución se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada.

Art. 19. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deban pagar á los sucesores inmediatos ú otras personas con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los Tribunales.

Art. 20. Quedan derogadas, en cuanto sean contrarias á esta ley, la de 9 de Junio de 1835 y cualesquiera otras órdenes ó decretos.»

De conformidad con esta ley, el Tribunal Supremo ha declarado que los poseedores que fallecieron antes de la ley de 1836, aun habiéndolo sido durante los años 1820 á 1823, transmitieron los bienes como vinculares y no como libres; y también los poseedores que sólo lo fueran ya de la mitad el año 1836, por haberse hecho la división de 1820 á 1823. «Los poseedores de vínculos en 11 de Octubre de 1820 que fallecieron desde el 1.° del mismo mes de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836, no transfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados.» (*S. de 25 de Noviembre de 1861.*) «Los poseedores fallecidos antes de 30 de Agosto de 1836, vigentes las vinculaciones, transmitieron la posesión de los bienes á sus menores por ministerio de la ley conforme á la voluntad del fundador.» (*S. de 6 de Abril de 1861.*) «Los poseedores fallecidos antes de 30 de Agosto de 1836, vigentes las vinculaciones, no pudieron transmitir por testamento bienes de las mismas á otras personas que á sus sucesores inmediatos.» (*Idem.*) «El sucesor de un mayorazgo que adquirió la mitad del vínculo por haber muerto el poseedor desde 11 de Octubre de 1820 al 1.° de igual mes de 1823, y falleció después de ese dia, pero antes del 30 de Agosto de 1836, no transmitió derecho alguno á adquirir los bienes como libres á los que por sucesión

testada ó intestada se consideraban herederos.» (*S. de 1.° de Febrero de 1860.*)

Derecho á alimentos.—Trata de él el art. 10 de la ley de 1820: «Entiéndase del mismo modo que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones, que los poseedores actuales deban pagar á sus madres, viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas con arreglo á las fundaciones ó á convenios particulares ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos y pensiones mientras vivan los que en el dia los perciben ó mientras conserven el derecho de percibirlos, excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Después cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los expresados alimentos y pensiones la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y auxiliar á sus hermanos, con proporción á su número y necesidades; é igual obligación tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de los bienes que se les reservan.»

Sobre este extremo de los alimentos, son muy interesantes las siguientes doctrinas:

«Ni del art. 1.° ni del 2.° de la ley de 11 de Octubre de 1820 se deduce que la obligación de prestar alimentos haya de limitarse á la parte proporcionada á la mitad reservada al inmediato sucesor; antes por el contrario, se infiere del art. 10 de la misma, que aquél tiene derecho á percibir la totalidad de los alimentos hasta la muerte del poseedor, aunque éste haya dispuesto de la mitad de los bienes.» *(S. de 21 de Abril de 1866.)*

«Las cargas y pensiones que deben deducirse del producto de los bienes que constituían los antiguos mayorazgos y vinculaciones para computar en el líquido que resulte lo que á inmediato sucesor corresponda por alimentos, son las que afectan á los bienes que eran vinculados ó que son inherentes á los mismos; pero no las que provienen de obligaciones personale

del poseedor y sin relación alguna directa con aquéllos.» *(S. de 31 de Marzo de 1865.)*

«La obligación impuesta en dicho art. 10 al inmediato sucesor del mayorazgo de contribuir á sus hermanas y hermanos con la sexta parte de las rentas de la mitad de los bienes de aquel que no deba invertir en alimentos ó pensiones, con arreglo á la fundación ó contratos particulares ó á determinaciones en justicia, no depende de que conserve ó no en su poder los mismos bienes de la sucesión y perciba sus rentas, ni de que los hermanos ni hermanas necesiten en absoluto auxilios y dotes; siendo indiferente por completo que los hermanos del inmediato sucesor hayan probado ó no que éste percibe las rentas de los mismos bienes en que sucedió y que tienen necesidad absoluta de auxilios y dote». *(S. de 7 de Julio de 1873.)*

«Si bien es doctrina la de que los alimentos de los inmediatos sucesores á las vinculaciones se fundan en la equidad y en razones de otro género, y teniéndose en cuenta las circunstancias, también lo es que su regulación queda siempre fiada al prudente juicio de los Tribunales.» *(S. de 21 de Abril de 1866.)*

Cargas sobre los bienes.—Se refiere á ellas el art. 7.° de la ley de 1820, que dice: «Las cargas, así temporales como perpetuas, á que estén obligados en general todos los bienes de la vinculación sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda prevenido, si los interesados, de común acuerdo, no prefiriesen otro medio.»

Son muy interesantes también las sentencias que siguen, relacionadas con este punto:

«El objeto de la ley de 11 de Octubre de 1820, al suprimir todas las vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza, fué poner término á la amortización, restituyendo á la clase de libres todos aquellos bienes y propiedades, pero no destruir ó anular las instituciones ó establecimientos que pudieran subsistir sin la amortización. Los artículos 14 y 15 de dicha ley, fundados en la base general en que ésta descansa, sólo prohibieron las fundaciones y adquisiciones en ellos expresadas en cuanto se opusieran á la

completa desamortización y libertad de los bienes sobre que se establecieron.» *(S. de 28 de Febrero de 1862.)*

«Si bien es cierto que las leyes desvinculadoras, por razones de conveniencia pública, han vuelto á la clase de absolutamente libres todos los bienes que hubiesen sido amortizados en cualquiera forma, también lo es que han respetado las demás cláusulas y condiciones que los fundadores tuvieron por conveniente establecer.» *(S. de 3 de Julio de 1874.)*

«Los bienes que antes eran amortizados quedaron libres por las leyes desamortizadoras, si bien con la obligación de cumplir las cargas, lo cual se sobreentiende siempre, aunque no se haya estipulado en la fundación.» *(S. de 7 de Julio de 1874.)*

Títulos y grandezas.—También éstos fueron sometidos á las leyes desvinculadoras. El art. 13 de la ley de 1820 dijo: «Los títulos, prerogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutan como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pie y seguirán el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutan dos ó más grandezas de España, ó títulos de Castilla, y tuviesen más de un hijo, podrán distribuir entre éstos las expresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato.»

Por una *ley de 17 de Junio de 1855*, la facultad concedida en el anterior precepto á los poseedores de títulos se hizo extensiva á sus sucesores, en los casos en que se les hubieran transmitido sin hacer la división. También se refiere á este asunto la *sentencia de 5 de Junio de 1878*, según la que «se contraría abiertamente el pensamiento y objeto conocido del art. 13 de la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, acumulando dos Baronías en un hijo de la última poseedora, dejando, por consiguiente, sin título á otro; por lo cual, la sentencia que así lo estima y resuelve, infringe dicho artículo.»

Mayorazgos electivos.

Iguales en todo lo fundamental estos mayorazgos y los que hemos agrupado bajo la denominación de regulares, la *ley de 1820* contenia una disposición especial acerca de ellos (artículo 5.º), impuesta por su especial naturaleza. «En los mayorazgos, dice, fideicomisos ó patronatos electivos, cuando la elección es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la elección debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores de sólo la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose con intervención del procurador síndico la tasación y división prescrita en el art. 3.º»

La disposición de este artículo es muy clara y ha dado lugar á pocas dificultades. Merecen, sin embargo, ser consignadas dos declaraciones del Tribunal Supremo: una de *26 de Mayo de 1865* y otra de *15 de Diciembre de 1869*.

Según la primera, «el que disfrutando de un vínculo en el año 1822 eligió á su hijo por sucesor del mismo en virtud de la facultad concedida por la fundación y le cedió la mitad del usufructo de los bienes, reservándose la otra mitad, continuó siendo civilmente el poseedor; y habiendo vivido hasta el año 1842, es incuestionable que el hijo era, al restablecimiento de la ley de 11 de Octubre de 1820, el inmediato sucesor á quien la misma reservó la mitad de los bienes».

Según la segunda, «siendo el mayorazgo electivo solamente entre los hijos de los llamados á su obtención, cuando muere el poseedor sin elegir ó sin tener hijos en que hacer la elección, cesa la irregularidad y debe sucederse por el orden establecido en las leyes del reino».

Fideicomisos familiares.

La ley de 1820 distingue entre mayorazgos y fideicomisos. En aquéllos hay sucesión sucesiva de determinadas personas, trasmisión de unas á otras; en los fideicomisos, por el contrario, hay sólo un conjunto de bienes cuyas rentas se distribuyen anual-

mente ó por períodos más ó menos largos, entre grupos de personas. Cuando este grupo es de parientes del fundador, el fideicomiso se llama familiar. También quedaron sujetos á la desvinculación por el art. 4.°, en el que se dice: «En los fideicomisos familiares cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasación y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporción de lo que perciban, y con intervención de todos ellos; y cada uno, en la parte de bienes que le toque, podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo, con entero arreglo á lo prescrito en el art. 3.°»

Aparte de otras sentencias que insertaremos más adelante, y que marcan la distinción entre estos fideicomisos y las fundaciones puramente benéficas, es de citar la de *30 de Junio de 1863* que dice así: «Tiene carácter de verdadera vinculación todo fideicomiso perpetuo familiar electivo, á cuya obtención llama el fundador á ciertas y determinadas personas por orden sucesivo de institución y sucesión, concediéndoles únicamente el usufructo de sus bienes, imponiéndoles la prohibición de enajenarlos y la condición, entre otras, de llevar su apellido y armas.»

Fideicomisos no familiares.

Es doctrina de la jurisprudencia, constantemente sostenida, la declarada en la *sentencia de 10 de Marzo de 1858:* «La ley de 11 de Octubre de 1820, al suprimir toda clase de vinculaciones, se contrajo á las que se habían establecido en favor y utilidad de los parientes de los fundadores ó de las familias que ellos mismos designaren.»

Debemos, sin embargo, diferenciar los fideicomisos y las fundaciones benéficas; y cuando se trate, no de una obra piadosa, sino de una distribución de rentas, sin carácter benéfico, como la de los fideicomisos á que se refiere el art. 4.° de la ley de 1820, resulta indiferente el carácter familiar ó no familiar de la fundación. En todo caso, hay una vinculación perpetua de los bienes, de que trata seguramente el art. 1.° de la ley; y no sería lógico que, por su falta de carácter familiar, es decir, por haber de distribuirse las rentas en personas extrañas á la familia, s

les considerase libres de la desvinculación, cuando su situación resulta análoga á la de los mayorazgos, en que no se llamaba directamente á la familia.

El caso de un fideicomiso de este género debe de haber ocurrido pocas veces, por lo cual no ha llegado su estudio directo á la jurisprudencia; pero la decisión, sin embargo, no hubiera ofrecido dudas, á nuestro juicio, en contra y á pesar de la preinserta sentencia de 10 de Marzo de 1858.

Fundaciones benéficas.

La jurisprudencia relativa á estas fundaciones y á su inclusión ó no en las leyes desvinculadoras ha sido copiosísima. Toda ella es conforme, en punto general, y sin perjuicio de ciertas contradicciones de detalle cuyo análisis no nos corresponde aquí, en considerar exceptuadas de la desvinculación las fundaciones con fin benéfico ó piadoso, aun instituidas en beneficio de parientes del fundador.

«La omisión de la ley, de no establecer disposición alguna relativa á las fundaciones meramente benéficas ó piadosas, revela que no se comprendieron en ella otras fundaciones que las verdaderamente familiares.» (*S. de 10 de Marzo de 1858.*) «Tampoco infringe la sentencia la ley de 11 de Octubre de 1820, en el concepto de que declara desvinculados los bienes de la fundación, puesto que por repetidas decisiones tiene declarado el Tribunal Supremo que las fundaciones con objeto benéfico, aun en favor de parientes, no están comprendidas en la disposición del art. 1.° de la referida ley.» (*S. de 27 de Junio de 1876.*) «En la ley de 11 de Octubre de 1820 se reconoce la existencia de fundaciones que no constituyen vínculo, ni mayorazgo, ni fideicomiso familiar perpetuo, sino un conjunto de bienes amortizados para llenar con sus rentas su peculiar objeto.» (*S. de 30 de Junio de 1855.*) «La ley de 11 de Octubre de 1820, al suprimir todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones, no comprendió en su letra ni en su espíritu el conjunto ó agregado de bienes que los fundadores dejaron con destino á un objeto benéfico y piadoso, para cuya distribución no establecen ninguna regla los artículos 2.°, 4.° y 5.° de dicha ley.» (*S. de 3 de Junio de 1865.*)

Es claro que no son lo mismo las fundaciones en beneficio de parientes que de extraños. Pero reconocido que las primeras no están sujetas á las leyes de desvinculación, es claro que lo está igualmente para las últimas. Las sentencias que insertamos á continuación, relativas á distintos casos de fundaciones benéficas, á la vez que la confusión de conceptos del Tribunal Supremo al definir las fundaciones familiares, demuestran la conformidad constante del principio de considerar libre de la ley de desvinculación y sólo sujetas á la desamortizadora de 1855, es decir, subsistentes con la sola condición de cambiar el carácter de los bienes que las constituyen, las fundaciones todas de carácter benéfico.

«El llamamiento del fundador hecho á sus parientes para ejercer el patronato activo no varía el carácter y naturaleza de la fundación, cuando ésta no es familiar, sino meramente benéfica y piadosa y cuando no les confiere derecho alguno al disfrute de los bienes de su dotación.» *(S. de 7 de Mayo de 1866.)*

«No es fideicomiso familiar, para que se distribuyan los bienes entre la familia, la obra pía en que, si bien se nombra á ésta para su percepción, es sólo señalándoles preferencia, admitiendo después á otras diferentes clases de la sociedad. Tampoco deben equipararse las fundaciones de esta naturaleza con los mayorazgos electivos.» *(S. de 7 de Mayo de 1866.)*

«Las fundaciones benéficas, como las de enseñanza para niños pobres, limosna á presos y otras, establecidas sin relación ninguna á los parientes del fundador, no son familiares ni están comprendidas en concepto alguno en las disposiciones de la ley de 11 de Octubre de 1820.» *(S. de 9 de Febrero de 1870.)*

«Tiene evidentemente dicho carácter benéfico la obra pía cuyas rentas estaban destinadas, no sólo á dotar doncellas del linaje del fundador para ayudarlas á tomar estado, sino también para socorrer á las mismas y á las mujeres viudas que procediesen del tronco del padre de aquél, sin hacer llamamientos lineales ni personales y necesitasen dicho socorro por algún accidente de la fortuna ó por enfermedad.» *(S. de 29 de Mayo de 1874.)*

«El art. 4.° de la ley de 11 de Octubre de 1820, que sólo puede tener aplicación en los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, no puede apli-

carse á una fundación en que los patronos deben distribuirse siempre y precisamente las rentas de un aniversario, memorias de misas, prebendas para estudiantes y dotes para doncellas del linaje del fundador que reúnan las cualidades y circunstancias que por aquélla se exigen.» *(S. de 17 de Septiembre de 1862.)*

«No sólo tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias que las fundaciones meramente benéficas, cuyos bienes no están destinados á determinadas familias ó personas, no están comprendidas en las disposiciones de la ley de 11 de Octubre de 1820, sino también además que no puede calificarse de institución familiar aquella cuyos productos se destinan por siempre y perpetuamente para casar ó que entren monjas huérfanas ó doncellas del linaje del fundador, sin que la haga variar á dicha fundación de naturaleza ni carácter, ni le altere tampoco el que llame aquél á sus parientes para ejercer el patronato activo y les señale una cantidad anual para retribución de su trabajo.» *(S. de 20 de Enero de 1880.)*

«Si las rentas de una fundación se destinaron á crear una escuela y dar carrera á cuatro estudiantes, esto constituye una institución benéfica creada y dotada con bienes particulares, determinando el fundador por quién y cómo habían de ser administrados, y las cargas que había de levantar el patronato sin destinar sus productos á determinadas familias ó personas, aunque dando preferencia á sus parientes.» *(S de 20 de Septiembre de 1880.)*

«No puede calificarse de institución familiar, sino de meramente benéfica y piadosa, la fundación cuyos productos se destinan á la edificación y sostenimiento de un hospital con su iglesia, dotación de Capellanes, dotes para doncellas huérfanas y limosnas á personas pobres y menesterosas.» *(S. de 7 de Mayo de 1866.)*

Vinculaciones temporales.

La ley de 1820 no marcaba diferencia entre las vinculaciones perpetuas y las temporales, pero la jurisprudencia las ha establecido constantemente.

«Al declarar el art. 1.º de la ley de 11 de Octubre de 1820 suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos y cualquiera otra

especie de vinculaciones, no se refirió, según se deduce de su literal contenido, á los fideicomisos temporales y enajenables, sino á los perpetuos que contuvieron la prohibición de enajenar, como se infiere de su locución y *cualquiera otra especie de vinculaciones.*» (*S. de 22 de Abril de 1865.*)

«La ley de 11 de Octubre de 1820, al suprimir en su art. 1.° todos los mayorazgos, fideicomisos y cualquiera otra especie de vinculaciones, no comprendió á los fideicomisos temporales ó enajenables, sino á los perpetuos ó vinculares que contuvieren la prohibición de enajenar. Infringe dicha doctrina la sentencia que aplica las leyes desvinculadoras donde no hay verdadera vinculación.» (*S. de 21 de Diciembre de 1867.*)

Junto á estas declaraciones generales, la jurisprudencia contiene otras muchas particulares, definiendo la vinculación temporal en casos determinados: «No puede tenerse por vincular una institución hereditaria en la que no se hacen llamamientos con carácter de perpetuidad, ni se impone prohibición de enajenar.» (*S. de 10 de Enero de 1868.*)

«Es temporal el fideicomiso que se limita á los nietos del fundador, no se impone prohibición alguna de enajenar los bienes en que consiste, ni se obtiene para su fundación la previa Real licencia que, caso de perpetuidad, hubiera necesitado para su validez.» (*S. de 21 de Abril de 1866.*)

«Lo que propiamente constituye una vinculación es la prohibición de enajenar las fincas legadas.» (*S. de 26 de Mayo de 1865.*)

«No se constituye vínculo ni mayorazgo cuando se dispone que unas fincas pasen de unas á otras personas, con prohibición de enajenarlas siempre que esta prohibición no sea perpetua.» (*S. de 9 de Mayo de 1863.*)

«No se constituye en un testamento y memoria una verdadera vinculación, ni se perpetúa la prohibición de enajenar bienes si consta en aquél que el testador designa para sucederle en sus bienes en último término á los que la justicia designase, ó lo que es lo mismo, á sus parientes sin restricción ya de ninguna clase.» (*S. de 1.° de Octubre de 1877.*)

«La condición esencial para la constitución jurídica de las antiguas vinculaciones era la de su perpetuidad, tanto en la institución misma como en la prohibición de enajenar los bienes

que comprendian, como en la sucesión de las personas y líneas llamadas por el fundador á su obtención. No tiene este carácter el fideicomiso condicional y temporal en favor de los hijos y nietos del testador para el caso de que el llamado primera ó sucesivamente no llegase á ser su heredero, ó de que, aun siéndolo, falleciese sin hijos que llegasen á la edad de veinticinco años, pues dicho fideicomiso necesariamente debia terminar el dia que cualquiera de los llamados llenase la condición de fallecer con hijos mayores de dicha edad.» (*S. de 18 de Mayo de 1870.*)

«Cuando, si bien un testador, para conservar su casa y bienes, llamó por su testamento á suceder en ellos á los cuatro hijos que tenia, unos en pos de otros, con prohibición de enajenar y con facultad de elegir sucesor, no expresó que aquella prohibición fuese perpetua, ni tampoco hizo los llamamientos con este carácter, como era indispensable para establecer una verdadera vinculación, antes por el contrario limitó éstos al caso en que cualquiera de los llamados muriese en edad pupilar, ó aunque fuese mayor falleciese sin testamento, porque mediando éste, cesaban los llamamientos del testador, reduciéndose, por lo tanto, sus disposiciones á una sustitución electiva y prelativa, y de ningún modo á un fideicomiso perpetuo; no siendo la fundación perpetua y viniendo reconocidos como libres los bienes demandados por espacio de más de cien años, al declarar la Sala sentenciadora que los expresados bienes pertenecen al sucesor del vínculo que estableció dicho testador y estimar la demanda que se entabla en tal concepto, infringe la voluntad de éste, ley en el caso, no entendiendo llanamente como suenan las palabras del testador y el usatge *Omnes causae*, según el cual quedan prescritas todas las acciones contra quien haya poseido tranquilamente los bienes demandados con buena ó mala fe por más de treinta años.» (*S. de 7 de Octubre de 1871.*)

Otras sentencias resuelven cuándo deben considerarse como perpetuas ciertas vinculaciones. «Debe reputarse perpetua y vincular, aunque en ella no se le dé expresamente esta calificación, toda fundación fideicomisaria que cuenta doscientos años por virtud de los llamamientos numerosos que en ella se hacen por líneas y sus descendencias, que pueden tener una progresión hasta el infinito, imposible de calcular y menos de conocer;

pero sin que por larga y duradera que sea hubiera de cesar la obligación permanente en cada poseedor de conservar íntegros los bienes para su sucesor, lo que equivale en sus efectos á la prohibición expresa de enajenar.» *(S. de 29 de Enero de 1873.)* «Aunque la designación de heredero hecha á favor de un primogénito con llamamiento subsidiario de sus hermanas y de los hijos de éstas, puede decirse que es un heredamiento general; sin embargo, si después de éstos se llama á suceder en los bienes á los descendientes en general del testador con la prevención de que ni éstos ni aquéllos puedan enajenarlos, para que así se conserven perpetuamente en la familia; como estas condiciones por su carácter de perpetuidad sólo son aplicables á los vínculos y mayorazgos, es claro que el testador quiso hacer una fundación de esta clase. En este caso, la sentencia que, en vez de considerarlo como un vínculo, dice que es simplemente una sustitución vulgar y fideicomisaria, infringe la voluntad del testador, que es la ley que debe ser exacta y religiosamente cumplida, y además la *ley 5.ª, tít. XXXIII de la Part. 7.ª (S. de 10 de Marzo de 1873.)*

Capellanías colativas.

Principales disposiciones legislativas.—Ya hemos definido las capellanías colativas en la pág. 518, distinguiéndolas de las llamadas *de legos* ó *mercenarias.*

Queda también indicado que la *ley de 11 de Octubre de 1820* prohibió, en su art. 14, la fundación de toda capellanía en lo sucesivo; pero que no declaró comprendidas en sus disposiciones las fundadas con anterioridad.

La primera medida de carácter general contra las vinculaciones de índole eclesiástica corresponde á la *ley de 29 de Junio de 1821*, en la que se estableció que «las fincas pertenecientes á prebendas, capellanías ó beneficios de patronato pasivo de sangre, muertos los actuales poseedores, deben volver á las respectivas familias». Anulada esta ley por el *Real decreto de 1.º de Octubre de 1823*, á que también queda hecha referencia, las cosas siguieron como estaban hasta la *ley de 19 de Agosto de 1841*, que adjudicó á las familias todos los bienes de las capellanías colativas, de patronato activo ó pasivo. Á esta ley siguieron e

Real decreto de 30 de Abril de 1852, el de *6 de Febrero de 1855*, la *ley de 14 de Junio de 1856*, el *Real decreto de 28 de Noviembre del mismo año*, el *convenio-ley de 24 de Junio de 1867* y la *Instrucción de 25 del mismo mes*. Consideramos de necesidad imprescindible la inserción de parte de estas disposiciones, para formar idea exacta de la legislación de capellanías.

Ley de 19 de Agosto de 1841.—Artículo 1.° Los bienes de capellanías colativas á cuyo goce están llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposición á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco, según los llamamientos; pero sin diferencia de sexo, edad, condición ni estado.

Art. 2.° En consecuencia de la disposición anterior, serán preferidos los parientes que con arreglo á la fundación sean de mejor línea, y entre los de ésta, aquel ó aquellos que fuesen de grado preferente. Cuando se hiciesen los llamamientos en general á los parientes, sin distinguir de líneas ni grados, serán preferidos los más próximos á los fundadores ó á los que éstos señalasen como tronco.

Art. 3.° En los casos en que las fundaciones dispongan que alternen las líneas, se dividirán los bienes entre éstos con entera igualdad, y la porción que á cada uno corresponda se adjudicará á los individuos existentes de ella en los términos que dispone el artículo antecedente.

Art. 4.° Cuando sólo el patronato activo fuese familiar, se adjudicarán también los bienes en concepto de libres á los parientes llamados á ejercerlo.

Art. 5.° Si en alguna fundación se dispusiere de los bienes para el caso de que dejare de existir la capellanía, se cumplirá lo determinado en aquélla.

Art. 6.° Las disposiciones que preceden tendrán toda su aplicación á las capellanías vacantes en la actualidad, y á las demás según fueren vacando.

Art. 7.° Los poseedores actuales continuarán gozando de las capellanías en el mismo concepto en que las obtuvieron y con entera sujeción á las reglas de las disposiciones respectivas. Pero podrán en su caso usar del derecho que les corresponda en virtud de los anteriores artículos.

Art. 8.° Los pleitos que sobre capellanías colativas se hallen pendientes, podrán continuar y éstas proveerse como tales, que. dando los que lleguen á obtenerlas en el mismo caso que los poseedores actuales.

Art. 9.° Los parientes que conforme á los cuatro primeros artículos de esta ley, ó las personas que con arreglo al 5.° tuviesen derecho á los bienes de capellanía que no se hallen vacantes, ó sobre las que penda litigio, podrán desde luego pedir que se les declare la propiedad de dichos bienes, sin perjuicio del usufructo que á los poseedores corresponde.

Art. 10. A los Tribunales civiles ordinarios de los partidos en que radique la mayor parte de los bienes corresponde hacer la aplicación de los derechos que se declaran en esta ley.

Art. 11. La adjudicación de los bienes se entenderá con la obligación de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos.

Real decreto de 30 de Abril de 1852.—Artículo 1.° Desde el día 17 de Octubre último, en que se publicó el Concordato como ley del Estado, se considerará derogada la ley de 19 de Agosto de 1841 relativa á capellanías colativas de patronato activo ó pasivo de sangre. De la misma manera y desde igual fecha se entenderán derogadas las disposiciones relativas á las fundaciones piadosas familiares.

Art. 2.° A su consecuencia, quedan subsistentes las capellanía colativas de patronato activo ó pasivo de sangre, estén ó no actualmente vacantes, cuyos bienes no hayan sido adjudicados judicialmente á las familias respectivas, ó para cuya adjudicación no pendiere juicio en ejecución de la ley de 19 de Agosto de 1841, y otras disposiciones, antes de dicho día 17 de Octubre. Lo mismo se entenderá respecto á las fundaciones piadosas arriba mencionadas.

Art. 3.° Por lo tanto, se adjudicarán por los Tribunales eclesiástico, y servirán de título de ordenación, las capellanías subsistentes según los artículos anteriores, siempre que sean congruas.

Art. 4.° Continuarán hasta su decisión definitiva con arreglo á derecho, los expedientes judiciales que pendian en los Juzgados de primera instancia y Reales Audiencias el citad

dia 17 de Octubre, cesando los juicios principiados con posterioridad.

Art. 5.° Si los sujetos á quienes se hayan adjudicado judicialmente los bienes de las capellanías hubieren sido condenados, ó lo fueren en lo sucesivo á título de ellas, se entenderá que los interesados han renunciado al beneficio de la ley de 19 de Agosto de 1841, observándose, por lo tanto, lo dispuesto en los artículos 1.° y 3.° de la presente declaración. Lo mismo se entenderá respecto de las capellanías que hayan servido ó sirvieren de título de ordenación á algún individuo de las familias entre quienes se hayan distribuído los bienes, siempre que presten á esto su consentimiento todos los interesados.

Real decreto de 6 de Febrero de 1855.—Contiene dos artículos, restableciéndose en el primero en toda su fuerza y vigor la ley de 1841, y declarando, sin embargo, legítimos los derechos adquiridos en virtud del Real decreto de 1852, por sentencia definitiva de los Tribunales.

Ley de 14 de Junio de 1856.—Artículo 1.° Los individuos de preferente parentesco que con arreglo á la ley de 19 de Agosto de 1841 tenían derecho á los bienes de capellanías colativas al tiempo de publicarse la misma ley, y hayan fallecido sin haber pedido la adjudicación, le han transmitido á sus herederos, quienes, por tanto, ocupan el mismo grado y lugar que sus causantes para la participación de los bienes.

Art. 2.° También tienen derecho á pedir la adjudicación de los bienes de capellanías colativas los llamados por la fundación y los herederos de los que, teniendo aquel derecho, fallecieron después de la publicación del decreto de 30 de Abril de 1852 y antes de 6 de Febrero de 1855, en la misma forma que se previene en el artículo anterior; pero no tendrá lugar la entrega inmediata de los bienes cuando la capellanía ha servido de título para ascender á las órdenes mayores, en cuyo caso los capellanes serán considerados como usufructuarios hasta que obtengan otro beneficio eclesiástico, y si no lo tuvieren, durante su vida.

Art. 3.° Los interesados que no reclamasen la adjudicación dentro de veinte años, contados desde la publicación de la ley

de 19 de Agosto de 1841, perderán todo derecho y se transmitirá á los siguientes en grado, que deberán ejercitarlo dentro del término de los cuatro años siguientes, después de los que los bienes de capellanías se declaran comprendidos en la ley de 1.° de Mayo de 1855.

Art. 4.° Todas las adjudicaciones de bienes de capellanías colativas se entienden hechas sin perjuicio de tercero de mejor derecho á los mismos, que solamente podrá ejercitarle dentro de cuatro años á contar desde el día de la ejecución.

Art. 5.° Se declaran como capellanías colativas de sangre, comprendidas en la ley de 19 de Agosto de 1841, restablecida en 6 de Febrero de 1855:

1.° Las fundaciones que poseen actualmente los eclesiásticos corporativa é individualmente en concepto de prebendas ó beneficios, y las que como tales se hallen vacantes, siempre que los fundadores llamen á su disfrute á familias ó personas determinadas, ó que sean de patronato activo familiar, y no hubiesen sido comprendidas en las leyes de 2 de Septiembre de 1841 y 1.° de Mayo de 1855, ó de las leyes de desamortización civil.

2.° Las capellanías que han sido provistas á presentación de los patronos después de la publicación del decreto de 6 de Febrero de 1855.

3.° Las capellanías colativas de sangre que hayan provisto los ordinarios en virtud de derecho de devolución por providencia posterior al mismo decreto.

Art. 6.° Los individuos de las familias de los fundadores que estén llamados á la adjudicación de los bienes de las capellanías de que se trata en el artículo anterior, pueden pedirla desde luego ante los Tribunales ordinarios, únicos competentes para conocer en esta materia, sea cualquiera el motivo que en contrario se alegue, ó la incidencia que sobrevenga con arreglo á lo prescrito en el art. 10 de la ley de 19 de Agosto de 1841.

Art. 7.° Cuando en las fundaciones que poseen las Corp---
ciones ó cabildos eclesiásticos no hubiese llamamientos á fa
lias ó personas determinadas, patronato activo familiar,
bienes de aquellas fundaciones se entienden comprendidos en
ley de 1.° de Mayo de 1855, así como también lo están los ad
ridos por las iglesias fuera de las escrituras de fundac

ó estuviesen consignados especialmente en la misma para este objeto.

Art. 8.° Se exceptúan del artículo anterior los beneficios y prebendas de los cabildos eclesiásticos que constituyen la congrua sustentación de sus individuos durante la vida de éstos, ó hasta que obtengan prebenda ú otro beneficio eclesiástico.

Real decreto de 28 de Noviembre de 1856.— Suspende los efectos del de 6 de Febrero de 1855, dejando también en suspenso los juicios ó reclamaciones pendientes sobre capellanías.

Convenio-ley de 24 de Junio de 1867.— Art. 1.° Las familias á quienes se hayan adicionado ó se adjudiquen por Tribunal competente los bienes, derechos y acciones de capellanías colativas de patronato familiar, activo ó pasivo de *sangre* reclamados antes del día 17 de Octubre de 1851, fecha de la publicación del Concordato como ley del Estado, redimirán, dentro del término y en el modo y forma que se disponga en la instrucción para la ejecución del presente Convenio, al tenor del art. 23 del mismo, las cargas puramente de carácter eclesiástico, de cualquier clase especificamente impuestas en la fundación, y á que en todo caso, y como carga Real, son responsables los dichos bienes.

Art. 2.° Las familias asimismo á quienes se hayan adjudicado por estar pendiente su adjudicación ante los Tribunales, los mencionados bienes, derechos y acciones, reclamados con posterioridad al Real decreto de 30 de Abril de 1852, redimirán igualmente las cargas de la propia índole y naturaleza, considerándose, para este solo efecto, como carga eclesiástica la congrua de ordenación establecida por las sinodales de la respectiva diócesis al tiempo de la fundación.

Art. 3.° Se consideran completamente extinguidas las capellanías, de cuyos bienes tratan los dos artículos precedentes, y que hayan sido ó fueren adjudicados por los Tribunales á las familias, cuyo patronato, desapareciendo á petición de las mismas la colectividad de bienes de que procedía, dejó de existir.

Art. 4.° Se declaran subsistentes, si bien con sujeción á las disposiciones del presente Convenio, las capellanías cuyos bienes no hubiesen sido reclamados á la publicación del Real de-

creto de 28 de Noviembre de 1856, y sobre las cuales, por consiguiente, no pende juicio ante los Tribunales.

Art. 5.° Están obligados de la manera prevenida en los artículos 1.° y 2.°, á redimir las cargas eclesiásticas de la propia índole y naturaleza:

Primero. Las familias á quienes se hubieren adjudicado, como procedentes de verdadera capellanía de sangre, los bienes de una pieza que constituía verdadero beneficio, aunque de patronato familiar activo ó pasivo de *sangre*, cualquiera que fuere su título ó denominación.

Segundo. Los poseedores de bienes eclesiásticos, vendidos por el Estado con sus cargas eclesiásticas.

Tercero. Las familias á quienes se hayan adjudicado, ó adjudicaren, bajo cualquier concepto, bienes pertenecientes á obras pías, legados píos y patronatos laicales ó reales de legos, y otras fundaciones de la misma índole de patronato familiar, también activo ó pasivo, gravados con las mencionadas cargas.

Art. 6.° Sobre la antedicha obligación de redimir las cargas corrientes estarán también obligados á satisfacer el importe de las misas, los sufragios y demás obligaciones vencidas y no cumplidas por culpa de los poseedores, las familias á quienes se hubieren adjudicado, ó adjudicaren por haber litigio pendiente, bienes de los designados en los artículos precedentes, inclusos los pertenecientes á las capellanías que se declaran subsistentes en el art. 4.°

Art. 7.° Los poseedores de bienes de dominio particular exclusivo gravados con cargas eclesiásticas podrán también redimirlas, si tal fuese su voluntad, bajo las propias reglas que, respecto de los bienes comprendidos en los artículos anteriores, se establecen; pero será en ellos obligatorio en el modo y forma que para los otros casos se determina en el art. 6.° y demás referentes, satisfacer las obligaciones eclesiásticas vencidas y no cumplidas, tóda vez que sea por culpa de los poseedores.

Art. 8.° La redención de cargas, la conmutación de rentas y el pago del importe de las obligaciones vencidas y no cumplidas todavía en los diversos casos que se expresan en los artículos precedentes se verificará entregando al respectivo diocesano títulos de la Deuda consolidada al 3 por 100, por todo su valor

nominal, que se convertirán en inscripciones intransferibles de la misma Deuda.

....

Art. 12. La congrua de ordenación en las capellanías á que se refiere el artículo 4.°, será al menos de 2.000 reales. Se declaran incongruas las que no produzcan esta renta anual líquida, la cual se fijará por el producto de los bienes del último quinquenio, deduciendo la porción que el diocesano, á petición de las familias y consideradas con equidad todas las circunstancias, creyese reservar con benignidad apostólica á las mismas, cuya porción en ningún caso podrá exceder de la cuarta parte del producto.

....

Art. 16. Se formará en cada diócesis un *acervo pío* común con los títulos de la Deuda consolidada del 3 por 100, procedentes de la redención de cargas, del importe de las no cumplidas ó de bienes de capellanías colativas incongruas, uniendo al intento dos ó más, según sea necesario para constituir una congrua, al menos de 2.000 reales, haciendo los llamamientos para el disfrute de ellas entre las familias que por las respectivas fundaciones tuviesen derecho, y estableciendo para el ejercicio del patronato activo los correspondientes turnos, habida consideración en todo caso á la cantidad procedente de cada capellanía y en la inteligencia de que ha de darse al diocesano el turno correspondiente en representación de corporaciones ó de cargas eclesiásticas no existentes.

Y atendiendo á que por el presente Convenio se da nueva forma á las capellanías colativas familiares, todavía existentes, y á las que de nuevo se establecen en subrogación de las que, por efecto de las pasadas vicisitudes, han dejado de existir, el patronato meramente activo se ejercerá, eligiendo el patrono entre los propuestos en terna por el ordinario diocesano; y respecto del patronato pasivo, usará éste de sus facultades, si el presentado no reuniese las circunstancias necesarias para cumplir lo dispuesto en el presente Convenio.

Puntos culminantes de esta legislación.—A) Libertad de los bienes.—La ley de 1841 mandó que se adjudicasen éstos como libres á las familias respectivas, aunque con la obligación de

cumplir las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos. El *convenio de 1867* estableció una distinción entre las capellanías cuyos bienes habían sido reclamados hasta aquella fecha y las que habían corrido la suerte contraria. Declaró extinguidas las primeras, con la obligación de redimir las cargas á que los bienes estaban afectos, pero declaró subsistentes las segundas, limitando el derecho de las familias á recibir los bienes, entregando en equivalencia títulos de la Deuda consolidada al 3 por 100, deducida una porción del importe total, no superior de ninguna manera á la cuarta parte, que por benignidad apostólica se reservó á los interesados. Las reclamaciones de bienes de capellanías que se hayan hecho á partir de 28 de Noviembre de 1856, en que quedaron suspendidos los efectos de la *ley de 1841*, han debido ir precedidas de esta conmutación, en los términos fijados por el convenio-ley. Así se declara en muchas sentencias del Tribunal Supremo. «Decretada la prohibición de 28 de Noviembre de 1856, no han podido instaurarse juicios sobre capellanías colativas, sin preceder el cumplimiento de las disposiciones del convenio-ley de 24 de Junio de 1867.» *(S. de 11 de Diciembre de 1879.)*

«Si resulta que la demanda en reclamación de los pertenecientes á una de estas fundaciones se dedujo en 21 de Marzo de 1877, y que en ella, ejercitando los derechos determinados en la ley de 19 de Agosto de 1841, se pide su adjudicación como libres; al conocer de ella la Sala sentenciadora y resolverla en el sentido de la adjudicación, infringe en uno y otro concepto los mencionados artículos 4.° y 36 del convenio-ley y de la instrucción.» *(S. de 23 de Diciembre de 1880.)*

«Con arreglo al art. 4.° de la ley de 24 de Junio de 1867, subsisten las capellanías cuyos bienes no hubiesen sido reclamados á la publicación del Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, y según el 36 de la instrucción, para llevar á efecto aquella ley, el derecho de los interesados en los bienes de las capellanías colativas está reducido á su conmutación en el modo y forma en él establecido, reservando sólo á los Tribunales de justicia el conocer y resolver en su caso sobre aquel derecho á la parte alícuota que á los opositores corresponda. Por lo tanto, la sentencia, al mandar, en conformidad con lo pedido en la demanda deducida en el pleito, que se adjudiquen como libres los bie

en que consistía la dotación de la referida capellanía, aunque sea con la obligación de conmutar las cargas espirituales, infringe los artículos 4.° y 36 de que antes se ha hecho mención.» *(S. de 8 de Abril de 1881.)*

B) Derecho de reclamar los bienes.—Lo establecen los artículos 1.°, 2.°, 3.° y 4.° de la ley de 1841 y el 1.° de la de 1856, en favor de los individuos de preferente parentesco según los llamamientos, sin distinción de sexo, edad, condición ni estado. Según dichas disposiciones, son preferidos los parientes de mejor línea con arreglo á la fundación, y dentro de cada línea los de mejor grado. Sólo en defecto de líneas, son admitidos los parientes más próximos al fundador ó á la persona señalada por él como tronco.

La *sentencia de 19 de Abril de 1850* declaró que «no teniendo lugar en la sucesión de las capellanías colativas el derecho de representación, son de mejor derecho en una misma línea los parientes más próximos». Pero esta doctrina quedó destruida por el art. 1.° de la citada ley de 1856, que admite á los herederos en defecto de parientes primeramente llamados.

Confirman esta última doctrina varias sentencias del Tribunal Supremo y principalmente las tres que siguen:

«Los herederos de los que al dictarse la ley de 1841 tenían preferente parentesco, según la ley y la fundación, representan á éstos y ocupan el lugar de sus causantes.» *(S. de 13 de Junio de 1868.)*

«Habiéndose extinguido las líneas llamadas á la obtención de una capellanía, tienen derecho á los bienes los parientes más próximos del fundador que lo eran al publicarse la ley de 1841, cuyo derecho han transmitido por herencia á sus hijos y demás descendientes. *(S. de 11 de Junio de 1875.)*

«Si con arreglo á lo establecido por el fundador, la sucesión de un patronato se vinculó de una manera regular en los hijos y descendientes de un primo de aquél, y resulta de las pruebas practicadas, cuya apreciación no ha sido impugnada como contraria á la ley ó doctrina legal, que al fallecimiento del primer patrono sucedió en el patronato su hijo primogénito, y á la muerte de éste su hija mayor, que excluyó á su hermana menor de la cual desciende la demandada, viniendo por consiguiente

á formar aquélla la cabeza de la línea preferida, de la cual procede el demandante, es incontestable que éste es el llamado, según la fundación, á ejercer el patronato activo de las citadas capellanías, y en su consecuencia, al declararlo así la sentencia, no infringe los artículos 1.º, 2.º y 4.º de la ley de 19 de Agosto de 1841, que en todo caso dan la preferencia á los parientes de mejor línea, y sólo llama á los más próximos del fundador cuando los llamamientos se hacen en general sin distinguir de líneas y grados.» (*S. de 19 de Mayo de 1877.*)

C) Términos para ejercer el derecho.—El art. 3.º de la ley de 14 de Junio de 1856 marca el de veinte años, á partir de la de 1841, para los parientes de preferente parentesco, y en caso de no haber éstos reclamado, el de cuatro años más para sus herederos. Declara la ley que los que no reclamen dentro de esos plazos perderán todo derecho, considerándose los bienes como desamortizados para su venta, con arreglo á la *ley de 1.º de Mayo de 1855.*

Aclaran este precepto las siguientes *sentencias:*

«La ley de 15 de Junio de 1856, aclaratoria de la de 19 de Agosto de 1841, sobre adjudicación de los bienes de capellanías colativas, distingue con manifiesta separación el caso de que tales bienes no hayan sido aún reclamados por ningún pariente del en que, habiéndose verificado su reclamación y adjudicación en favor de alguno, sean posteriormente reclamados por un tercero que alegue mejor derecho. Para el primero de dichos casos dispone la citada ley, en su art. 3.º, que los interesados que no reclamaron la adjudicación dentro de veinte años contados desde la publicación de la ley de 19 de Agosto de 1841, perderán todo derecho y se transmitirá á los siguientes en grado, que deberán ejercitarlo dentro del término de los cuatro años siguientes, después de los que los bienes de las capellanías se declaren comprendidos en la ley de 1.º de Mayo de 1855. Para el segundo de los casos marcados, establece la ley en su art. 4.º que todas las adjudicaciones de los bienes de capellanías colativas se entiendan hechas sin perjuicio de tercero de mejor derecho á los mismos, que solamente podrán ejercitarlo dentro de cuatro años, á contar desde el día de la ejecución. Las demandas de adjudicación de bienes de capellanías presentadas después

de haber transcurrido los términos que se dejan marcados, no pueden ser estimadas legalmente, cualquiera que sea la preferencia del derecho que se alegue.» (*S. de 21 de Enero de 1865.*)

«El término de cuatro años prefijado en el art. 4.° de la ley de 15 de Junio de 1856 para que pudieran ejercitar su derecho los que creyeran tenerlo mejor y preferente á los bienes de capellanías, cuya adjudicación se entendía sin perjuicio de tercero, debe contarse desde el día de la publicación de la expresada ley, tratándose de adjudicaciones hechas con anterioridad á la misma, según lo declarado por el Tribunal Supremo. Solamente dentro de dicho plazo podía presentarse la reclamación, pues pasado él se pierde todo derecho.» (*S. de 4 de Diciembre de 1865.*)

«La ley de 15 de Junio de 1856, aclaratoria de la de 19 de Agosto de 1841, en sus artículos 3.° y 4.°, establece dos principios distintos aplicables á casos diferentes, definiéndose por el primero el derecho que tienen las personas á quienes alude á reclamar bienes de capellanías colativas que no han sido objeto de reclamación en el período de veinte años, transcurridos desde la publicación de la ley de 1841, para que puedan hacerlo dentro del plazo de cuatro años, á contar desde la publicación de aquella ley, entrando en otro caso esos bienes en la masa de los desamortizados con arreglo á la ley de 1.° de Mayo de 1855; y refiriéndose el segundo de dichos principios al caso en que los bienes de capellanías colativas hubiesen sido objeto de reclamación y adjudicación, entendiéndose que ésta debe hacerse sin perjuicio de tercero de mejor derecho á los mismos, que solamente podrá ejercitarlo dentro de cuatro años, á contar desde el día de la ejecución.» (*S. de 27 de Marzo de 1874.*)

Pero publicado el convenio de 1867, la situación ha variado por completo. Las capellanías no reclamadas hasta entonces quedaron subsistentes. El derecho de los parientes del fundador se ha limitado á la conmutación de los bienes, y está reconocido de una manera expresa que tenían derecho á conmutar dichos parientes (art. 7.°), aun no habiendo pedido la adjudicación en los plazos señalados por la ley de 1856. Es indudable que este derecho se ha transmitido también á los herederos, que en algún caso, por inobservancia de las disposiciones del convenio-ley ó por otras causas, no lo habrán ejercido todavía.

Conviene que advirtamos que, pasados ya los plazos que señala la citada ley, es preciso, para poder solicitar la excepción de la capellanía administrativamente, la previa declaración del derecho en juicio ordinario, que se seguirá con el Abogado del Estado, á nombre de la Hacienda, bastando, para que se considere apurada la vía gubernativa, con obtener primeramente la Real orden del Ministerio de Hacienda que declare la necesidad de acudir á los Tribunales, en expediente que los interesados deberán promover ante la Dirección general de Propiedades y derechos del Estado.

Distinción del patronato activo y del pasivo.—Se llama patronato activo en las capellanías el derecho de presentar el Capellán, y patronato pasivo el derecho de serlo; todo según la fundación. La adjudicación de los bienes habrá de hacerse á los parientes del patronato pasivo, según la ley de 1841, pero sólo si ese patronato era familiar. Cuando solamente era familiar el patronato activo, debían repartirse los bienes entre los parientes llamados á ejercerlo. El convenio-ley respeta también el derecho del patronato activo, y le permite igualmente la conmutación, á falta de patronato familiar pasivo. (*Art. 36 de la Instrucción de 25 de Junio de 1867.*)

Capellanías colativas no familiares, esto es, en que no pertenecen á parientes del fundador ni el patronato activo ni el pasivo. El caso era raro, pero se presentaba algunas veces. La dificultad es leve en estas capellanías, porque correspondiendo los bienes á la Iglesia, por su calidad de espiritualizados, á consecuencia de la necesidad de colación canónica impuesta por los fundadores, se hallaban en todo caso comprendidos en la ley general de desamortización de 1.° de Mayo de 1855. En este sentido se dictó la *sentencia de 9 de Enero de 1871*, declarando que «estaban comprendidos en la ley desamortizadora, como bienes del clero, los de capellanías eclesiásticas no familiares, sin derecho familiar directo activo ni pasivo.»

Fundación de capellanías colativas despues del Código.—hemos visto tocado en ninguna parte este punto, que es di de curiosidad y de estudio.

Por de pronto, es indudable que la prohibición establecida en la ley de 1820 para fundar capellanías desapareció por el convenio de 1867, cuyo art. 46, de una manera terminante, alude á futuras fundaciones.

«En adelante—dice—toda fundación de capellanía colativa, de patronato activo y pasivo familiar ha de hacerse con arreglo á las bases esenciales consignadas en el convenio para las actualmente existentes.»

Pero si no cabe duda de la posibilidad de estas fundaciones desde 1867 á 1889, ¿seguirá existiendo después de reducida al segundo grado la sustitución fideicomisaria en el art. 781 del Código civil?

Es indudable que las capellanías son sustituciones fideicomisarias. Hay la conservación de bienes en una primera persona, su transmisión á una segunda, y de ésta á otra, por tiempo limitado ó ilimitado. Por otra parte, al autorizarse en el art. 788 las fundaciones perpetuas de carácter benéfico, se prescinde por completo de las de carácter eclesiástico. Estos dos argumentos, que en una disertación más amplia no irían solos, inducen á negar la posibilidad de nuevas fundaciones de capellanías; tanto más cuanto que el art. 785 del Código, en su núm. 3.º, prohibe la imposición de la carga de pagar una renta ó pensión á varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado.

Sin embargo, las capellanías no son, sino en la forma, de aprovechamiento personal de los interesados. Disfrutan las rentas los poseedores, pero con un fin puramente espiritual, que se traduce en actos religiosos dedicados á la memoria del difunto. No hay, pues, en realidad más heredero que el alma misma del fundador, á la que corresponden, en derecho estricto, la propiedad y el usufructo de los bienes. Es de advertir también que el Código civil ha omitido hasta el nombre de las capellanías, y como el régimen de éstas, por otra parte, no depende de una ley exclusivamente civil, sino concordada, según lo es la que dió vida al Convenio de 1867, que no hubiera podido derogarse, en buenos principios, ni por un precepto expreso del Código, debemos considerar subsistente el régimen antiguo, entendiendo que pueden establecerse nuevas capellanías, con la conmutación de bienes y demás requisitos que se expresan en dicho convenio.

Capellanías laicales.

Se las llama también *de legos*, *mercenarias*, *mere-legas*, *patronatos laicales*, *patronatos de legos*, *aniversarios de misas*, *memorias de misas*, etc.

Conviene hacer notar, para no sufrir errores en que frecuentemente incurre la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, que entre capellanías y patronatos hay la diferencia de referirse aquéllas al nombramiento de capellán y el patronato no. Un patronato de legos puede no llevar afecta carga alguna eclesiástica, por ser puramente piadoso, y puede ser también un simple aniversario de misas. El aniversario de misas, en su propia é independiente acepción, no es tampoco ni la capellanía ni el patronato laical, sino la simple carga de celebrar un número de misas, sin determinación de capellanes fijos.

Distinguir las capellanías laicales de las colativas es sumamente fácil. Cedamos la palabra al Tribunal Supremo.

«Entre los caracteres que distinguen las capellanías colativas de los patronatos de legos, se encuentra, en primer término, el de que los presentados por los patronos obtengan del Diocesano la institución autorizable, ó sea el título canónico y la colación, sin cuyos requisitos no pueden hacer suyos los frutos.» (*S. de 24 de Septiembre de 1864.*)

«Cuando en la cláusula de fundación de una capellanía se autoriza al patrono para remover á los cumplidores de ella sin intervención de la autoridad eclesiástica, se constituye un mero patronato laical, comprendido, por lo tanto, en la demostración del art. 1.º de la ley de 11 de Octubre de 1820.» (*S. de 24 de Octubre de 1861.*)

«No puede calificarse de laical ó patronato real de legos y sí de colativa, la capellanía instituída por el fundador con carga perpetua de misas que debían celebrarse en altar determinado por los Presbíteros que él mismo designaba, con la obligación de escribirla en los libros de la Catedral respectiva, y poniendo los bienes con que la dotaba bajo la vigilancia de la autoridad eclesiástica.» (*S. de 24 de Septiembre de 1864.*)

«No puede llamarse colativa una capellanía cuando dicha calificación está en contradicción con la fundación de la misma.

con los diferentes actos jurídicos que respecto de ella han tenido lugar y con la denominación de legado pío ó patronato de legos que los mismos interesados, y los Tribunales, emplean uniformemente para designarla.» *(S. de 4 de Octubre de 1872.)*

«No puede calificarse de capellanía colativa aquella en cuya fundación no sólo no se impetró ni intervino la autoridad y aprobación del Prelado diocesano, ni se espiritualizaron sus bienes, ni menos se constituyeron como título hábil para la ordenación, requisitos todos indispensables para las capellanías colativas que equivalían á verdaderos beneficios eclesiásticos, sino que la fundadora demostró suficientemente su pensamiento de darla un carácter puramente laical al denominarla capellanía *con cargo de misas* y al conferir á los patronos la facultad de elegir capellán, por sí ó independientemente de la autoridad eclesiástica, á la persona que quisieren ó consideraran suficiente, teniendo la calidad de clérigo.» *(S. de 4 de Octubre de 1872.)*

El régimen de estas capellanías tampoco es dudoso, porque se hallan claramente comprendidas en el art. 1.° de la *ley de 11 de Octubre de 1820*. A él se refieren además muchas sentencias del Tribunal Supremo.

«Por la ley de 12 de Octubre de 1820, restablecida por el decreto de 30 de Agosto de 1836, se comprenden en las desvinculaciones que por la misma se establecen, así los bienes procedentes de mayorazgos como los de patronatos familiares y capellanías laicales, equiparándolos en cuanto al modo de distribuirlos.» *(S. de 15 de Diciembre de 1869.)*

«Las capellanías *mere-legas* ó puramente laicales se hallan comprendidas en la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836; y la sucesión en los bienes que las constituyeron deben ajustarse, igualmente que las de los que formaron los mayorazgos, á las prescripciones de la misma ley, combinadas con las que eran propias de cada una de aquellas fundaciones, según la respectiva naturaleza y llamamientos establecidos por el fundador.» *(S. de 4 de Julio de 1873.)*

Pero lo mismo en estas capellanías que en los mayorazgos y demás vinculaciones suprimidas por la ley de 1820, quedó subsistente la obligación de cumplir las cargas. El convenio de 1867, en el ya inserto núm. 3.° del art. 5 °, hizo obligatoria la reden-

ción de este gravamen. Una *Real orden de 18 de Abril de 1868* consignó también en el art. 2.° que «los censos ó pensiones conocidamente afectos á cargas eclesiásticas, como celebración de misas, de aniversarios y de otras funciones religiosas, están sujetos á la redención.»

Cargas eclesiásticas.

«Por cargas de carácter puramente eclesiástico (dice el artículo 7.° de la *Instrucción de 25 de Junio de 1867*), de que tratan el primero y otros varios artículos del Convenio, se entiende todo gravamen impuesto sobre bienes de cualquiera clase que sean, para la celebración de misas, aniversarios, festividades y, en general, para actos religiosos ó de devoción en iglesia, santuario, capilla, oratorio ó en cualquiera otro puesto público.»

Nosotros nos referimos, en el actual epígrafe, á las cargas de que habla el art. 7.° del Convenio. Cargas son, en general, las de todas las capellanías; pero hay además cargas independientes, que son las que de modo propio se llaman aniversario de misas, etc., que no suponen la intervención eclesiástica, ni siquiera el nombramiento de determinados capellanes. Son obligaciones impuestas sobre los bienes, hasta sin vinculación de éstos en manos de ciertas personas; y según el citado art. 7.° del Convenio, su redención es potestativa en los interesados, á diferencia de las capellanías, en que la redención es obligatoria.

TEXTO LITERAL DE LOS ARTÍCULOS

DEL CÓDIGO CIVIL

QUE CONTIENE ESTE TOMO

CAPÍTULO II

De la herencia.

Sección primera.

De la capacidad para suceder por testamento y sin él.

Art. 744. Podrán suceder por testamento ó *ab-intestato* los que no estén incapacitados por la ley.

Art. 745. Son incapaces de suceder:

1.° Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30.

2.° Las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley.

Art. 746. Las iglesias y los cabildos eclesiásticos, las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley y las demás personas jurídicas pueden adquirir por testamento, con sujeción á lo dispuesto en el art. 38.

Art. 747. Si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufra-

gios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto para los de la provincia.

Art. 748. La institución hecha á favor de un establecimiento público bajo condición ó imponiéndole un gravamen sólo será válida si el Gobierno la aprueba.

Art. 749. Las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad.

La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador; en su defecto, por los albaceas, y si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran.

Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

Art. 750. Toda disposición en favor de persona incierta será nula, á menos que por algún evento pueda resultar cierta.

Art. 751. La disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado.

Art. 752. No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto.

Art. 753. Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor hecha antes de haberse aprobado la cuenta definitiva de éste, aunque el testador muera después de su aprobación.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones que el pu hiciere en favor del tutor que sea su ascendiente, descendie hermano, hermana ó cónyuge.

Art. 754. El testador no podrá disponer del todo ó parte d herencia en favor del Notario que autorice su testamento, ó

la esposa, parientes ó afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el art. 682.

Esta prohibición será aplicable á los testigos del testamento abierto otorgado con ó sin Notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales.

Art. 755. Será nula la disposición testamentaria á favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso ó se haga á nombre de persona interpuesta.

Art. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:

1.° Los padres que abandonaren á sus hijos y prostituyeren á sus hijas ó atentaren á su pudor.

2.° El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes ó ascendientes.

Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho á la legítima.

3.° El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.

4.° El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes á la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.

5.° El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.

6.° El que con amenaza, fraude ó violencia obligare al testador á hacer testamento ó á cambiarlo.

7.° El que por iguales medios impidiere á otro hacer testamento ó revocar el que tuviese hecho, ó suplantare, ocultare ó alterare otro posterior.

Art. 757. Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Art. 758. Para calificar la capacidad del heredero ó legatario

se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

En los casos 2.°, 3.° y 5.° del art. 756 se esperará á que se dicte la sentencia firme, y en el núm. 4.° á que transcurra el mes señalado para la denuncia.

Si la institución ó legado fuere condicional, se atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición.

Art. 759. El heredero ó legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno á sus herederos.

Art. 760. El incapaz de suceder que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado á restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.

Art. 761. Si el excluído de la herencia por incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima.

El excluído no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

Art. 762. No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia ó legado.

Sección segunda.

De la institución de heredero.

Art. 763. El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes ó de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo.

Art. 764. El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias

hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos.

Art. 765. Los herederos instituídos sin designación de partes heredarán por partes iguales.

Art. 766. El heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia á la herencia no transmiten ningún derecho á sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857.

Art. 767. La expresión de una causa falsa de la institución de heredero ó del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

La expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita.

Art. 768. El heredero instituído en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.

Art. 769. Cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: «Instituyo por mis herederos á *N* y á *N* y á los hijos de *N*», los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.

Art. 770. Si el testador instituye á sus hermanos, y los tiene carnales y de padre ó madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado.

Art. 771. Cuando el testador llame á la sucesión a una persona ó á sus hijos, se entenderán todos instituídos simultánea y no sucesivamente.

Art. 772. El testador designará al heredero por su nombre y apellido, y cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituído.

Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién sea el instituído, valdrá la institución.

Art. 773. El error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.

Si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir al instituído, ninguno será heredero.

Sección tercera.

De la sustitución.

Art. 774. Puede el testador sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituídos para el caso en que mueran antes que él ó no quieran ó no puedan aceptar la herencia.

La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los tres expresados en el párrafo anterior, á menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

Art. 775. Los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos á sus descendientes menores de catorce años de ambos sexos para el caso de que mueran antes de dicha edad.

Art. 776. El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años que, conforme á derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido ó después de haber recobrado la razón.

Art. 777. Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituído tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos.

Art. 778. Pueden ser sustituídas dos ó más personas á una sola, y al contrario, una sola á dos ó más herederos.

Art. 779. Si los herederos instituídos en partes desiguales fueren sustituídos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

Art. 780. El sustituído quedará sujeto á las mismas cargas y condiciones impuestas al instituído, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del instituído.

Art. 781. Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero

todo ó parte de la herencia serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado ó que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

Art. 782. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado á la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes.

Art. 783. Para que sean válidos los llamamientos á la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos.

El fiduciario estará obligado á entregar la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

Art. 784. El fideicomisario adquirirá derecho á la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario.

El derecho de aquél pasará á sus herederos.

Art. 785. No surtirán efecto:

1.° Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituído la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero.

2.° Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781.

3.° Las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta ó pensión.

4.° Las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Art. 786. La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará á la validez de la institución ni á los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.

Art. 787. La disposición en que el testador deje á una persona el todo ó parte de la herencia y á otra el usufructo será válida. Si llamare al usufructo á varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará á lo dispuesto en el art. 781.

Art. 788. Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes ó en favor de los pobres ó de cualquiera establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero ó herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla é imponer el capital á interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización é imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa á quien corresponda con arreglo á las leyes.

Art. 789. Todo lo dispuesto en este capítulo respecto á los herederos se entenderá también aplicable á los legatarios.

Sección cuarta.

De la institución de heredero y del legado condicionales ó á término.

Art. 790. Las disposiciones testamentarias, tanto á título universal como particular, podrán hacerse bajo condición.

Art. 791. Las condiciones impuestas á los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales.

Art. 792. Las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se tendrán por no puestas, y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa.

Art. 793. La condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, á menos que le haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

Podrá, sin embargo, legarse á cualquiera el usufructo, uso ó habitación, ó una pensión ó prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

Art. 794. Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona.

Art. 795. La condición puramente potestativa impuesta al heredero ó legatario ha de ser cumplida por éstos, una vez enterados de ella, después de la muerte del testador.

Exceptúase el caso en que la condición, ya cumplida, no pueda reiterarse.

Art. 796. Cuando la condición fuere casual ó mixta, bastará que se realice ó cumpla en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiese dispuesto otra cosa.

Si hubiese existido ó se hubiese cumplido al hacerse el testamento, y el testador lo ignoraba, se tendrá por cumplida.

Si lo sabía, sólo se tendrá por cumplida cuando fuere de tal naturaleza que no pueda ya existir ó cumplirse de nuevo.

Art. 797. La expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo dejado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad.

Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido, con sus frutos é intereses, si faltaren á esta obligación.

Art. 798. Cuando sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario no pueda tener efecto la institución ó el legado de que trata el artículo precedente en los mismos términos que haya ordenado el testador, deberá cumplirse en otros, los más análogos y conformes á su voluntad.

Cuando el interesado en que se cumpla ó no, impidiere su cumplimiento sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, se considerará cumplida la condición.

Art. 799. La condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.

Art. 800. Si la condición potestativa impuesta al heredero ó legatario fuere negativa, ó de no hacer ó no dar, cumplirán con-

afianzar que no harán ó no darán lo que fué prohibido por el testador, y que, en caso de contravención, devolverán lo percibido, con sus frutos é intereses.

Art. 801. Si el heredero fuere instituído bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

Lo mismo se hará cuando el heredero ó legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior.

Art. 802. La administración de que habla el artículo precedente se confiará al heredero ó herederos instituídos sin condición cuando entre ellos y el heredero condicional hubiere derecho de acrecer. Lo mismo se entenderá respecto de los legatarios.

Art. 803. Si el heredero condicional no tuviere coherederos, ó, teniéndolos, no existiese entre ellos derecho de acrecer, entrará aquél en la administración, dando fianza.

Si no la diere, se conferirá la administración al heredero presunto, también bajo fianza, y si ni uno ni otro afianzaren, los Tribunales nombrarán tercera persona, que se hará cargo de ella, también bajo fianza, la cual se prestará con intervención del heredero.

Art. 804. Los administradores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los que lo son de los bienes de un ausente.

Art. 805. Será válida la designación de dia ó de tiempo en que haya de comenzar ó cesar el efecto de la institución de heredero ó del legado.

En ambos casos, hasta que llegue el término señalado, ó cuando éste concluya, se entenderá llamado el sucesor legítimo. Mas en el primer caso no entrará éste en posesión de los bienes sino después de prestar caución suficiente, con intervención del instituído.

ÍNDICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

Págs.

Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (secciones primera, segunda, tercera y cuarta del cap. II, tít. III, del lib. III del Código) y los proyectos de 1851, 1882 y Códigos de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Portugal, Guatemala y Méjico..... 5

LIBRO TERCERO

Título III.—De las sucesiones.....

CAPÍTULO II

De la herencia..... 95

Sección primera.—De la capacidad para suceder por testamento y sin él..... 102

Art. 744, pág. 105 Art. 751, pág. 222 Art. 757, pág. 308
» 745, » 106 » 752, » 227 » 758, » 312
» 746, » 164 » 753, » 253 » 759, » 327
» 747, » 185 » 754, » 261 » 760, » 331
» 748, » 195 » 755, » 266 » 761, » 346
» 749, » 203 » 756, » 276 » 762, » 351
» 750, » 212

Sección segunda.—De la institución de heredero..... 355

Art. 763, pág. 363 Art. 767, pág. 382 Art. 771, pág. 394
» 764, » 367 » 768, » 388 » 772, » 397
» 765, » 373 » 769, » 391 » 773, » 397
» 766, » 378 » 770, » 394

Págs.

Sección tercera.—De la sustitución..... 405

Art. 774, pág. 417 Art. 780, pág. 491 Art. 785, pág. 551
» 775, » 434 » 781, » 494 » 786, » 560
» 776, » 463 » 782, » 539 » 787, » 562
» 777, » 471 » 783, » 539 » 788, » 563
» 778, » 478 » 784, » 540 » 789, » 571
» 779, » 483

Sección cuarta.—De la institución de heredero y del legado condicional ó á término..... 572

Art. 790, pág. 576 Art. 796, pág. 630 Art. 801, pág. 670
» 791, » 578 » 797, » 643 » 802, » 670
» 792, » 597 » 798, » 643 » 803, » 671
» 793, » 598 » 799, » 655 » 804, » 671
» 794, » 598 » 800, » 665 » 805, » 675
» 795, » 629

APÉNDICE ÚNICO

Legislación desvinculadora..... 679
Mayorazgos regulares..... 682
Mayorazgos electivos..... 697
Fideicomisos familiares..... 697
Fideicomisos no familiares..... 698
Fundaciones benéficas..... 699
Vinculaciones temporales..... 701
Capellanías colativas..... 704
Capellanías laicales..... 718
Cargas eclesiásticas..... 720

Texto literal de los artículos del Código civil que contiene este tomo..... 721

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Abandono de los hijos por sus padres.....	756	»	287
Acción de incapacidad.....	762	»	351
Acreedores de los que tienen derecho á ejercitar la acción de incapacidad.....	762	»	352
Acusación calumniosa al testador por delito al que la ley señale pena aflictiva. Es causa de indignidad.....	756	»	276
Acusación calumniosa de delito al que la ley señale pena aflictiva..	756	»	296
Acusar: concepto legal de este vocablo.....	756	»	297
Administración. El excluído por indignidad no podrá administrar los bienes que sus hijos hereden por consecuencia de dicha causa.....	761	»	346
Administración de los bienes del heredero instituído bajo condición suspensiva.....	801	»	670
Administración de los bienes del heredero instituído bajo condición suspensiva. Derechos y			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
obligaciones de los administradores.....	804	»	674
Adquisiciones de la Iglesia....	746	»	171
Adulterio con la mujer del testador. Es causa de indignidad.	756	»	276 y 302
Afines del notario autorizante. No pueden recibir herencia por razón del testamento que el primero autorice.....	754	»	261
Afines en cuarto grado del testigo de un testamento abierto No pueden recibir herencia por razón del testamento en que aquél testifique.....	754	»	261
Albaceazgo del confesor	752	»	248
Alemania. Estudio expositivo.	»	»	22
Alma del testador.....	747	»	185
Idem. Adjudicación á los albaceas de los inmuebles respecto de los cuales haya sido instituida.	747	»	194
Idem. Concepto de la institución específica en favor del alma..	747	»	191
Idem. Concepto de la institución genérica en favor de la misma.	747	»	190
Idem. Venta de los bienes objeto de la institución.....	747	»	194
Amenazas, fraudes y violencias para obligar al testador á otorgar testamento ó á modificar el ya otorgado..... ...	756	»	303
Amenaza, fraude y violencia que impida á otro hacer testamento..	756	»	306
Accesiones de los bienes hereditarios. Debe devolverlas el incapaz de suceder que hubiere entrado en posesión de la herencia	760	»	3
Antecedentes históricos acerca de las Asociaciones y Corporaciones.....	745	»	15

MATERIAS	Artículos	Apéndices.	Páginas.
Antecedentes históricos de la capacidad de suceder	744	»	123
Antecedentes históricos de la capacidad para suceder de los religiosos profesos	745	»	139
Antecedentes históricos de la indignidad	756	»	285
Antecedentes patrios de la incapacidad del confesor	752	»	231
Apéndice único	»	»	679
Asociaciones. Antecedentes históricos	745	»	156
Idem. Clases reconocidas por la ley correspondiente	745	»	160
Asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley Capacidad para suceder por testamento	746	»	164
Asociaciones comerciales	745	»	161
Asociaciones ilícitas. Código penal	745	»	161
Asociaciones no permitidas por la ley. Son incapaces de suceder	745	»	106 y 153
Atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendiente ó ascendiente	756	»	290
Atentado por los padres contra el pudor de sus hijas	756	»	287
Auto acordado prohibiendo heredar á los confesores que asistieren al testador en su última enfermedad	752	»	227
Auxilios espirituales. No pueden equipararse á la confesión á los efectos del art. 752	752	»	245
Ayuntamientos. Su capacidad de suceder por testamento	746	»	164
B			
Bélgica. Estudio comparativo	»	»	37

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
C			
Cabildo al que pertenezca el confesor. Disposición del causante en favor de aquél	752	»	227 y 250
Cabildos eclesiásticos. Su capacidad de suceder por testamento.	746	»	164
Capacidad del heredero y del legatario. Se determina atendiendo al tiempo de la muerte del testador	758	»	312
Capacidad de las Diputaciones provinciales y provincias para adquirir por testamento.....	746	»	177
Capacidad de las Iglesias para suceder por testamento ...	746	»	171
Capacidad de los Ayuntamientos y Municipios para adquirir por testamento....	746	»	177
Capacidad de los Cabildos eclesiásticos para suceder por testamento.....	746	»	171
Capacidad de los Establecimientos de hospitalidad, Beneficencia é Instrucción pública para adquirir por testamento.....	746	»	180
Capacidad de suceder. Antecedentes histórico legales	744	»	123
Capacidad hereditaria. Su concepto	744	»	119
Capacidad hereditaria en el Derecho romano. Su exigencia en tres momentos.....	758	»	313
Capacidad para adquirir por herencia de las llamadas manos muertas....	746	»	167
Capacidad para adquirir por testamento. Proyecto de 1882....	»	»	19
Capacidad para heredar. Código de Méjico.....	»	»	75

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Capacidad para recibir por herencia. Código alemán.....	»	»	25
Capacidad para suceder. Código de Guatemala..	»	»	90
Capacidad para suceder de los religiosos profesos.....	745	»	139
Capacidad para suceder por testamento de las personas jurídicas en general.....	748	»	184
Capacidad para suceder por testamento ó sin él. Introducción á la Sección primera, cap. II, título III, lib. III.	»	»	102
Capacidad para suceder por testamento ó *ab-intestato*.....	744	»	105
Idem. Código de Portugal.....	»	»	65
Idem. Código Napoleón.....	»	»	37
Capacidad para suceder por testamento y sin él. Código de Italia.....	»	»	53
Capacidad para suceder. Proyecto de 1851..	»	»	7
Capacidad para suceder. Reglas interpretativas.....	745	»	138
Capacidad para suceder testamentariamente del alma del testador	747	»	185
Capacidad para suceder testamentariamente de las asociaciones autorizadas ó reconocidas por la ley.....	746	»	183
Capellanías. Derecho de reclamar los bienes de las mismas.....	»	Único.	713
Idem. Distinción del patronato activo y del pasivo..... .	»	Único.	716
Idem. Libertad de los bienes...	»	Único.	711
Idem. Términos para reclamar los bienes.....	»	Único.	714
Capellanías colativas.....	»	Único.	704
Capellanías colativas no familiares.....	»	Único.	716

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Capellanías colativas posteriores al Código civil	»	Único.	716
Capellanías laicales	»	Unico.	718
Carga impuesta al heredero ó al legatario	798	»	651
Cargas eclesiásticas	»	Único.	720
Cargas piadosas de carácter perpetuo	788	»	567
Cargas sobre los bienes de vinculación	»	Único.	695
Cargas y condiciones en la sustitución	780	»	491
Causa contraria á derecho en la institución	767	»	387
Causa falsa en la institución de heredero ó legatario	767	»	383 y 387
Causas de incapacidad en el Derecho romano	744	»	123
Causas de incapacidad para suceder en el Derecho civil patrio anterior al Código	744	»	126
Causas de incapacidad para suceder según el Código	745	»	134
Causas de incapacidad para suceder según los tratadistas y expositores	745	»	132
Causas de indignidad	756	»	276
Idem. Cuándo dejan de surtir efecto	757	»	308
Cláusula penal en la institución de heredero ó de legatario	798	»	654
Código alemán. Exposición doctrinal	»	»	22
Códigos de Bélgica y Francia. Comparación con el español	»	»	37
Idem de Guatemala. Idem íd.	»	»	89
Idem de Italia. Idem íd	»	»	52
Idem de Méjico. Idem íd	»	»	74
Idem de Portugal. Idem íd	»	»	64
Complicidad en el delito con relación á la indignidad	756	»	293

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Comunidad á la que perteneciera el confesor. Disposición del causante en favor de aquélla.	752	»	250
Comunidad del confesor que hubiere asistido penitencialmente al testador durante su última enfermedad	752	»	227
Concebido y no nacido.....	745	»	147
Concilio de Trento. Incapacidad de los regulares para poseer bienes de ninguna clase.. ..	»	»	112
Condena en juicio penal por atentado contra la vida del testador, del cónyuge, descendiente ó ascendiente.....	756	»	290
Condena en juicio por adulterio con la mujer del testador. ..	756	»	276
Condena en juicio por atentado del instituído contra la vida del testador, cónyuge, descendiente ó ascendiente	756	»	276
Condición. Anuncio de la misma.....	791	»	594
Idem. Concepto filosófico.....	791	»	588
Idem. Clasificación y efectos de la misma.....	791	»	590
Idem. Cumplimiento interpretativo	798	»	652
Idem. Definición práctica.....	791	»	581
Idem. Forma de su cumplimiento.....	796	»	642
Idem. Imposición de condiciones á los herederos forzosos.....	791	»	591
Condición de casarse.....	793	»	619
Condición de no casarse.....	793	»	621
em id. Formas especiales de la misma.....	793	»	624
ndición en las obligaciones..	791	»	596
ndición en los legados de deuda y remuneratorios...	791	»	596

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Condición impuesta en disposiciones distintas	791	»	592
Condiciones. Su clasificación por la voluntad de su cumplimiento	795 y 796	»	631
Idem. Su establecimiento fuera de testamento	791	»	595
Condiciones conjuntas y alternativas	791	»	591
Condición contra ley	794	»	605
Idem id. Crítica	794	»	609
Idem id. Restricción de derechos de familia	794	»	608
Idem id. Restricción de derechos de propiedad	794	»	608
Idem id. Restricción de derechos políticos	794	»	607
Condiciones contra las buenas costumbres	794	»	612
Condiciones de juramento	794	»	628
Condiciones divisibles é indivisibles	791	»	590
Condiciones imposibles	792	»	601
Idem id. Sus efectos	794	»	628
Condiciones imposibles especiales	793	»	618
Idem id. por ambigüedad	794	»	617
Condiciones impuestas á los Establecimientos públicos mediante su institución testamentaria	748	»	195
Condiciones potestativas, casuales y mixtas	794 y 795	»	631
Idem id. Realidad de su cumplimiento	795 y 796	»	637
Condiciones que pueden ponerse en los testamentos. Código de Méjico	»	»	86
Condiciones relativas al matrimonio	793	»	618
Condiciones suspensivas y resolutorias	799	»	656

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Confesión. Limitación del artículo 752 á la realización de este acto religioso.....	752	»	244
Confesor en la última enfermedad.....	752	»	227
Idem íd. Disposiciones en favor de sus parientes, Iglesia, Cabildo, Comunidad ó Instituto.	752	»	250
Idem íd. Encargos del testador no constitutivos de herencia, legado ó albaceazgo.....	752	»	249
Idem íd. Patronato de institución benéfica creada por el causante	752	»	249
Idem íd. ¿Puede *ser* nombrado albacea?.....	752	»	248
Idem íd. Recaída en la convalecencia del testador.....	752	»	243
Idem íd. Su incapacidad relativa para suceder según el derecho anterior al Código.....	745	»	134
Confesor no habitual.....	752	»	238
Consanguinidad con relación al artículo 751.....	751	»	226
Consideraciones de índole general acerca del art. 744.....	744	»	116
Idem generales acerca de la redacción dada al art. 746.....	746	»	166
Contrato oneroso bajo el cual se oculte una disposición de última voluntad á favor de un incapaz de heredar.....	755	»	266
Contratos celebrados por el heredero indigno con relación á los bienes hereditarios. Su validez é invalidez.....	760	»	340
Convalecencia de una enfermedad grave. Recaída..	752	»	243
Convenio-ley de 24 de Junio de 1867 (Capellanías).....	»	Único.	709
Conventos. Su incapacidad para suceder según el derecho antiguo.....	745	»	133

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Corporaciones. Antecedentes históricos	745	»	156
Corporaciones ilícitas. Su incapacidad para suceder según el derecho antiguo	744	»	132
Corporaciones no permitidas por la ley. Son incapaces de suceder	745	»	106 y 153
Cosa cierta	768	»	388
Criaturas abortivas. Son incapaces de suceder	745	»	106 y 145
Idem. Su concepto legal	745	»	145
Cuentas definitivas del tutor. Su previa aprobación	753	»	254
Cultos no católicos	752	»	246
D			
Delito consumado	756	»	293
Delito frustrado	756	»	293
Denuncia de delito	756	»	297
Derecho de acrecer. Sus relaciones con la sustitución recíproca	779	»	488
Derecho de asociación. Abusos del mismo	745	»	159
Idem íd. Su evolución histórica.	745	»	159
Derecho de representación. ¿Cabe en las instituciones genéricas de los parientes del testador?	751	»	226
Derechos de familia	794	»	608
Idem de propiedad	794	»	608
Idem políticos	794	»	607
Desamortización	746	»	167
Desvinculación	745	»	160
Diputaciones provinciales. Su capacidad para suceder por testamento	746	»	164
Documento público. Es el medio adecuado para remitir las causas de indignidad	757	»	308

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
E			
Efectos de la incapacidad del heredero ó de la repudiación de la herencia	764	»	371
Encargos del testador no constitutivos de herencia, legado ó albaceazgo	752	»	249
Enfermedades agudas	752	»	241
Idem constitucionales	752	»	241
Idem crónicas	752	»	241
Error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero. Validez de la sustitución	773	»	400
Esposa del Notario autorizante. No puede recibir herencia por razón del testamento que su marido autoriza	754	»	261
Esposa del testigo en un testamento abierto. No puede recibir herencia por razón del testamento en que testifique su marido	754	»	261
Establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción públicas	746	»	164
Idem públicos. Dependencias administrativas	748	»	197
Idem id. Su concepto legal	748	»	195
Idem id. Su enumeración	748	»	196
Idem id. Su institución condicional ó con imposición de gravamen	748	»	195
Idem id. á que se refiere el artículo 748. Su definición	748	»	199
Evento	750	»	212
Excepción del art. 782. Es aplicable al caso del Notario autorizante de su testamento	754	»	261
Existencia real de la persona instituída para su determinación de presente	750	»	219

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
F			
Falso testimonio. ¿Es causa de incapacidad?	756	»	298
Feto	745	»	148
Fideicomisos familiares	»	Único.	697
Idem no familiares	»	Único.	698
Formalismo en la institución hereditaria	764	»	371
Formas de la sustitución fideicomisaria	785	»	552
Formas de la sustitución pupilar.	775	»	454
Formas posibles de disfrazar bajo un contrato oneroso una disposición de última voluntad en favor de un incapaz de heredar	755	»	268
Francia. Estudio comparativo	»	»	37
Fraude para obligar al testador á testar ó á modificar el testamento. Es causa de indignidad	756	»	276
Fraude que impida hacer testamento ó revocar el ya hecho. Es causa de indignidad	756	»	276
Frutos de los bienes hereditarios. Debe devolverlos el incapaz de suceder que hubiere entrado indebidamente en posesión de la herencia	760	»	331
Fuero Juzgo. Incapacidades para suceder	745	»	107
Fuero Real. Incapacidades para suceder	745	»	109
Fuero Viejo. Incapacidades para suceder	745	»	109
Fundaciones benéficas	»	Único.	699
G			
Generalidades de la prohibición contenida en el art. 752	752	»	233

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Grados de la incerteza según los romanistas	750	»	215
Gravámenes impuestos á los Establecimientos públicos, mediante su institución testamentaria	748	»	195
Guatemala. Estudio comparativo	»	»	89
H			
Heredero. Determinación de la persona del heredero	772	»	398
Idem. Determinación de su capacidad	758	»	312
Idem. Duda acerca del instituído en el caso de concurrencia de personas del mismo nombre y apellido y en igualdad de condiciones	773	»	403
Idem. Inexistencia de la institución	764	»	367
Idem. Validez de la designación con error en el nombre, apellido ó cualidades del instituído.	773	»	400
Heredero bajo condición suspensiva. Administración de los bienes	801	»	670 y 671
Heredero con condición	759	»	327
Heredero fiduciario. Institución con este carácter del confesor en la última enfermedad	752	»	248
Heredero indigno. Problemas relacionados con la restitución de frutos	760	»	335
Idem. Sus derechos respecto de los bienes restituídos al heredero legítimo	760	»	337
Herederos sin designación de partes. Cuantía de sus derechos	765	»	373

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Herencia. Introducción al capítulo II, tit. III, lib. III.....	»	»	95
Idem. Proyecto de 1851	»	»	5
Idem. Proyecto de 1882.....	»	»	19
Idem. Su concepto en el derecho romano...	»	»	97
Herencia condicional. Calificación de la capacidad.	758	»	312
Herencia ó legados. Conocimiento de la falsedad de la causa en la institución hereditaria ó de legado..	767	»	387
Herencia ó legado con designación de día ó de tiempo. Validez de la institución..	805	»	675
Herencias y legados captatorios.	794	»	627
Hermanos. Institución á favor de los mismos.....	770	»	395
Hijas. Su prostitución por los padres es causa de indignidad	756	»	276
Hijos. Su abandono es causa de indignidad.....	756	»	276
Hijos adulterinos. Su incapacidad relativa para suceder según el derecho anterior al Código.	744	»	133
Hijos de clérigos, frailes y monjas. Su incapacidad relativa para suceder según el derecho anterior al Código civil.....	744	»	133
Hijos del tutor. ¿Pueden recibir por testamento bienes del pupilo?.....	753	»	260
Hijos incestuosos. Su incapacidad relativa para suceder según el derecho anterior al Código.....	744	»	133
Hijos nacidos de dañado y punible ayuntamiento. Su incapacidad relativa para suceder según el derecho anterior al Código.....	744	»	133

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Hijos naturales. Su incapacidad relativa para suceder, según el derecho anterior al Código	744	»	133
Historia de las causas de indignidad	756	»	285
I			
Iglesia á la que pertenezca el confesor en la última enfermedad. Disposición del causante en favor de aquélla	752	»	250
Iglesia del sacerdote que hubiere confesado al testador en la última enfermedad	752	»	227
Iglesias. Su capacidad de suceder por testamento	746	»	164
Imprudencia temeraria. ¿Es causa de indignidad?	756	»	292
Incapacidad. Falso testimonio	756	»	298
Incapacidad de suceder. Acción para declararla	762	»	351
Idem. Causas de incapacidad por el Derecho patrio anterior al Código	744	»	126
Idem. Derecho Justiniáneo	744	»	125
Idem. Devolución de las rentas percibidas por el incapaz	760	»	331
Idem. Fuero Juzgo	745	»	107
Idem. Fuero Viejo	745	»	109
Idem. Las Siete Partidas	745	»	111
Idem. Novísima Recopilación	745	»	112
Idem. Ocultación de la verdad para determinar la condena del reo	756	»	298
dem. Personas que pueden ejercitar la acción de incapacidad.	762	»	351
dem. Restitución por el incapaz de los bienes hereditarios que indebidamente posea	760	»	331

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Incapacidad de suceder. Sobreseimiento	756	»	293
Idem. Término de la acción	762	»	351
Incapacidad para suceder según los tratadistas y expositores	744	»	132
Incapacidad del concebido y no nacido. Prueba de la concepción	758	»	317
Incapacidad del tutor para heredar á su pupilo. Antecedentes históricos	753	»	253
Incapacidad de las Asociaciones ó Corporaciones no permitidas por la ley	745	»	153
Incapacidad de las criaturas abortivas	745	»	145
Incapacidad de los indignos para suceder	756	»	276
Incapacidad relativa para suceder anterior al Código civil	744	»	133
Incapacidades absolutas del derecho antiguo desaparecidas por la fuerza de la costumbre contra ley. Moros, judíos, herejes, apóstatas rebautizados, traidores alevosos, deportados y condenados á trabajos públicos á perpetuidad	744	»	133
Incapacidades de suceder. Clasificación de sus causas	745	»	136
Idem. Fuero Real	745	»	109
Idem. Informe pericial falso	756	»	298
Incapacidades para suceder en el Derecho civil patrio anterior al Código	744	»	128
Incapacitados por la ley para suceder por testamento y *abintestato*	744	»	105
Incerteza de las personas en relación con su conocimiento por el testador	750	»	216
Incertidumbre de la persona	750	»	212

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Indignidad	756	»	276
Idem. Antecedentes históricos	756	»	285
Idem. Cesación de sus efectos	757	»	308
Idem. Clasificación de las causas de indignidad	756	»	286
Idem. Circunstancias atenuantes	756	»	293
Idem. Consumación del delito	756	»	293
Idem. Declaración de rebeldía	756	»	293
Idem. Denuncia de la muerte violenta del testador	756	»	276 y 300
Idem. Derechos del heredero indigno respecto de los bienes hereditarios restituidos al heredero legítimo	760	»	337
Idem. Deudas pagadas por el heredero indigno	760	»	338
Idem. Devolución de las rentas y frutos percibidos indebidamente por el heredero indigno	760	»	333
Idem. Fraude para obligar al causante á testar, á modificar el testamento, ó á no hacerlo ó revocar el ya hecho	756	»	276
Idem. Frustración del delito	756	»	293
Idem. Naturaleza jurídica	756	»	283
Idem. Ocultación de un testamento posterior	756	»	276
Idem. Pago de deudas y legados	760	»	338
Idem. Perdón de la causa	757	»	310
Idem. Remisión de las causas de indignidad	757	»	308 y 311
Idem. Rehabilitación del indigno	757	»	311
Idem. Suplantación de un testamento posterior	756	»	276
Indignidad de los padres. No perjudica á los hijos	761	»	348
Indigno. Sus derechos respecto de los bienes restituídos al heredero legítimo	760	»	337
Indignos de suceder	756	»	276

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Institución condicional á favor de un establecimiento público	748	»	195
Institución de heredero. Código alemán	»	»	29
Idem. Código de Guatemala	»	»	92
Idem. Código de Méjico	»	»	82
Idem. Código Napoleón	»	»	42
Idem. Código de Italia	»	»	58
Idem. Código de Portugal	»	»	68
Idem. Proyecto de 1851	»	»	13
Idem. Proyecto de 1882	»	»	21
Idem. Su fundamento	»	»	355
Institución de heredero y de legatario condicional ó á término	»	»	572
Institución de heredero y de legado condicionales ó á término. Código de Italia	»	»	62
Idem id. Código de Portugal	»	»	72
Institución de herederos individual y colectiva. Sus efectos respecto de los instituídos colectivamente	769	»	391
Institución del alma del testador	747	»	185
Institución en cosa cierta. Su equivalencia al legado	768	»	388
Institución general en favor de los parientes del testador	751	»	223
Institución hereditaria á favor de hermanos. Aplicación de las reglas de la sucesión legítima	770	»	394 y 395
Institución hereditaria á favor de una persona y de sus hijos. Es institución simultánea no sucesiva	771	»	394 y 396
Institución hereditaria condicional. Doble momento de la capacidad	758	»	312
Institución indeterminada y sin especificar, en beneficio del alma	747	»	186
Instituciones condicionales. Código alemán	»	»	35

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Instituciones condicionales. Código de Guatemala.....	»	»	94
Idem. Código Napoleón.....	»	»	16
Idem. Proyecto de 1851.....	»	»	51
Idem. Proyecto de 1882.....	»	»	22
Instituciones genéricas y específicas en favor del alma	747	»	188
Instituto al que perteneciera el confesor. Disposición del causante á favor del primero....	752	»	227 y 250
Inteligencia legal de las disposiciones genéricas hechas en favor de los parientes del testador	751	»	222
Interposición de personas. Antecedentes históricos.....	755	»	267
Idem. Entrega de bienes al incapaz...	755	»	274
Intransmisión de derecho á los herederos cuando, tratándose de herencia ó legado condicional, el heredero ó legatario muere antes de cumplir la condición....	759	»	327
Invalidez de la disposición hecha por el testador en favor del notario autorizante de su testamento ó de su esposa, parientes ó afines dentro del cuarto grado.....	754	»	261
Invalidez de los contratos celebrados con relación á los bienes hereditarios por el heredero indigno	760	»	340
Italia. Estudio comparativo....	»	»	52
L			
Legado de deuda hecho al confesor en la última enfermedad..	752	»	248
Legado remuneratorio hecho al			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
confesor en la última enfermedad.	752	»	247
Legados pagados por el heredero indigno.....	760	»	338
Legatario. Su capacidad se califica atendiendo al tiempo de la muerte del testador.....	758	»	312
Legatario condicional. Calificación de su capacidad.	758	»	312
Idem id. Transmisión de derechos á sus herederos.....	759	»	327
Legislación desvinculadora....	781	»	520
Idem	»	Único.	679
Legítima. Hijos ó descendientes del indigno...	761	»	346
Idem. Pérdida por el heredero que atentare contra la vida del testador.....	756	»	276
Ley de asociaciones.....	745	»	160
Limitación del art. 752 á la realización del acto religioso de la confesión.....	752	»	244
Ll			
Llamamiento de los sustitutos..	783	»	545
M			
Manos muertas	746	»	167
Mayorazgos.....	781	»	502, 507 y 512
Mayorazgos electivos.....	»	Único.	697
Mayorazgos regulares.....	»	Único.	682
Idem. Abolición.....	»	Único.	682
Idem. Cargas sobre los bienes..	»	Único.	695
Idem. Derecho á alimentos.....	»	Único.	694
Idem. División de los bienes entre el poseedor y el sucesor..	»	Único.	684
Idem. Enajenaciones hechas de 1820 á 1823.....	»	Único.	690

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Mayorazgos regulares. Títulos y grandezas.....	»	Único.	696
Idem. Venta de bienes por el poseedor actual.....	»	Único.	687
Méjico. Estudio comparativo....	»	»	74
Ministros de cultos no católicos.	752	»	246
Modo. Concepto.....	797	»	645
Idem. Cumplimiento	797	»	647
Monasterios. Su incapacidad para suceder según el derecho antiguo.....	744	»	133
Muerte del testador. Es el tiempo al que hay que atender para calificar la capacidad del heredero ó del legatario.....	758	»	312
Muerte violenta del testador. La no denuncia en el término de un mes es causa de indignidad	756	»	276
Mujer del testador. El que cometiese adulterio con aquélla es indigno de suceder al testador	756	»	276
Municipios. Su capacidad de suceder por testamento.....	746	»	164
N			
Nacido real y legalmente.....	745	»	147
Necesidad de la aprobación del Gobierno para la validez de la institución hecha bajo condición ó gravamen, á un Establecimiento público..... .	748	»	195
Noción de la capacidad y de la incapacidad para suceder en Roma.....	744	»	125
No concebido	745	»	147
Notario autorizante de un testamento. Excepciones á la incapacidad establecidas por el artículo 682.....	754	»	261

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Notario autorizante de un testamento. Incapacidad para recibir herencia por razón del testamento que autorice.....	754	»	261
Novísima Recopilación. Incapacidades para suceder..... ..	745	»	112
Nulidad del contrato oneroso con el cual se disfrace una disposición testamentaria en favor de un incapaz.....	755	»	266
Nulidad de la disposición hecha á persona incierta.....	760	»	212
Nulidad de la disposición testamentaria hecha á favor de un incapaz.....	755	»	266
Nulidad de la sustitución fideicomisaria. Sus efectos.....	786	»	560
O			
Ocultación de la institución á favor de un incapaz, bajo la apariencia de un contrato oneroso.....	755	»	266
P			
Parentesco. Extensión de los grados en la disposición genérica en favor de los parientes del testador.....	751	»	225
Parentesco de afinidad con relación á las instituciones genéricas en favor de los parientes del testador.....	751	»	226
Parentesco de consanguinidad con relación á las instituciones genéricas á favor de los parientes del testador.....	751	»	226
Idem del confesor con el testador.	752	»	236

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Parientes. Disposiciones genéricas en su favor.....	751	»	222
Idem consanguíneos en cuarto grado del testigo en un testamento abierto. No pueden recibir herencia por razón del testamento en que aquél testifique	754	»	261
Idem del confesor en la última enfermedad. Disposiciones en favor de los mismos.....	752	»	250
Idem del Notario autorizante, dentro del cuarto grado. No pueden recibir herencia por razón del testamento que su consanguíneo autorice.....	754	»	261
Idem del testador. Inexistencia de parientes del testador en el caso del art. 752.....	752	»	235
Idem id. Institución á favor de los parientes de personas distintas del testador.	751	»	226
Idem. id. Institución genérica..	757	»	223
Idem id. Procedimiento para la adjudicación de bienes en los casos de instituciones genéricas de los parientes del testador.....	752	»	227
Parientes dentro del cuarto grado del confesor del causante en su última enfermedad.....	752	»	227
Partidas. Incapacidades para suceder.....	745	»	111
Perdón de las causas de indignidad.....	757	»	310
Persona incierta.....	750	»	212
Idem id. Certeza de las personas en relación con su conocimiento por el testador.....	750	»	216
Idem id. Certeza eventual de la misma.....	750	»	212
Idem id. Clases de incerteza con relación al testamento.....	750	»	114

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Persona incierta. Clases de la determinación de las personas inciertas	750	»	217
Idem id. Concepto	750	»	213
Idem id. Opiniones de los autores	750	»	217
Persona interpuesta	755	»	266
Idem id. Acuerdo entre el testador y el interpuesto	755	»	273
Idem id. Concepto legal	755	»	270
Idem id. Dificultad de la demostración judicial de la interposición	755	»	273
Idem id. Entrega de bienes al incapaz de heredar por la persona interpuesta	755	»	274
Idem id. Prueba de la interposición de personas con relación al testamento	755	»	273
Idem id. Presunción *iuris et de iure*	755	»	272
Personalidad de los Establecimientos públicos	748	»	198
Idem jurídica de las Asociaciones y Corporaciones	745	»	153
Personas ante quienes se otorgan los testamentos especiales ó les alcanza la incapacidad establecida por el art. 754	754	»	261
Personas jurídicas. Capacidad para suceder por testamento	746	»	164
Idem id. Cuestiones relacionadas con la capacidad de suceder de estas personas	745	»	163
Personas jurídicas no constituídas al tiempo de fallecer el testador	758	»	319
Personas llamadas por la ley á distribuir los bienes dejados por testamento á los pobres en general	749	»	204
Pluralidad del grado	751	»	225

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Pobres	749	»	203
Idem. Calificación	749	»	203
Idem. Destino que debe darse á los bienes dejados á los mismos, cuando no los hubiese en el domicilio del testador	749	»	212
Idem. Distribución de los bienes dejados por testamento á los pobres en general	749	»	204
Idem. Fundamento racional é histórico de la disposición á favor de los pobres	749	»	204
Idem. Inexistencia de persona designada por el testador y de albaceas para la distribución de los bienes dejados á los pobres	749	»	209
Idem. Justificación del cumplimiento de la voluntad testamentaria cuando hayan sido instituídos sin especial designación	749	»	211
Idem. Su determinación y calificación	749	»	206
Portugal. Estudio comparativo.	»	»	64
Posesión indebida de los bienes hereditarios	760	»	331
Prescripción de la pena. ¿Influye en la indignidad?	756	»	294
Prostitución de las hijas. Es causa de indignidad	756	»	276
Prostitución de las hijas por sus padres	756	»	287
Proximidad del grado. Su valor en las disposiciones genéricas en favor de los parientes del testador	751	»	222
Proyecto de 1851. Estudio comparativo	»	»	5
Proyecto de 1882. Idem	»	»	19
Pupilo. Disposición testamentaria del pupilo á favor de su tutor	753	»	253

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Pupilo. Validez de las disposiciones que el pupilo hiciere en favor de su tutor que sea ascendiente, descendiente, hermano ó cónyuge.....	753	»	253
R			
Real cédula de 30 de Mayo de 1830.....	752	»	230
Real decreto de 28 de Noviembre de 1856 (Capellanías)....	»	Único.	709
Reglas interpretativas con relación á la capacidad de suceder.....	745	»	138
Religiosos profesos en clausura. Su incapacidad para suceder según el Derecho antiguo...	744	»	133
Religiosos profesos. Su capacidad para suceder.....	745	»	139
Rentas de los bienes hereditarios.....	760	»	331
Representación. Instituciones genéricas de los parientes del testador.....	751	»	226
S			
Sacerdote.....	752	»	227
Senectud. Ultima enfermedad para los efectos del art. 752..	752	»	242
Singularidad del grado.....	751	»	225
Sobreseimiento. Su influencia en la estimación de las causas de indignidad.....	756	»	293
Sucesión de los religiosos profesos.....	745	»	139
Sucesión parte testada y parte intestada. Su origen y su derogación.....	764	»	370

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Sucesiones.	»	»	95
Idem. Clasificación según los tratadistas y expositores.....	»	»	98
Idem. Código alemán.....	»	»	23
Sufragios y obras piadosas en beneficio del alma.....	747	»	185
Suplantación, ocultación ó alteración de un testamento.....	756	»	306
Sustitución. Código francés. ..	»	»	44
Idem. Exposición histórica y doctrinal.....	»	»	405
Idem. Proyecto de 1882.....	»	»	22
Idem. Unidad ó pluralidad en la sustitución vulgar.....	778	»	478
Sustitución ejemplar. Cuestiones varias.	776	»	466
Idem. Desaparición de los bienes del sustituido.....	776	»	471
Idem. Edad para la sustitución.	776	»	466
Idem. Facultad de los ascendientes para nombrar sustituto ejemplar	776	»	465
Idem. Incapacidad determinante de la misma....	776	»	466
Idem. Indicación general.....	776	»	464
Idem. Su extinción.....	776	»	469
Sustitución fideicomisaria....	781	»	454
Idem. Bienes en que se puede imponer...	782	»	541
Idem. Cargas piadosas de carácter perpetuo	788	»	567
Idem. Código alemán	»	»	32
Idem. Contenido de la sustitución.....	781	»	529
Idem. Criterio del Código.....	781	»	524
Idem. Disposición testamentaria de la propiedad á favor de una persona y del usufructo á otras.....	787	»	562
Idem. Encargos confidenciales.	785	»	558
Idem. Entrega de los bienes al heredero fideicomisario... ..	783	»	545

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Sustitución fideicomisaria. Especies de vinculación	781	»	518
Idem. Formas de la misma	785	»	552
Idem. Hereucia fideicomisaria en la legislación antigua	781	»	500
Idem. Inconvenientes de los mayorazgos	781	»	512
Idem. Legislación desvinculadora	781	»	520
Idem. Legislación y doctrina jurídica de los mayorazgos	781	»	507
Idem. Llamamiento de los sustitutos	783	»	545
Idem. Nacimiento del derecho del heredero fideicomisario	784	»	550
Idem. Nulidad	786	»	560
Idem. Origen y desarrollo histórico de los mayorazgos	781	»	502
Idem. Orígenes de la sustitución	781	»	498
Idem. Pago de pensiones á varias personas sucesivamente	785	»	557
Idem. Prohibición de enajenar	785	»	555
Idem. Usufructos sucesivos	788	»	566
Sustitución pupilar. Capacidad del sustituto	775	»	461
Idem. Causas en el Código civil	775	»	439
Idem. Cuestiones varias	775	»	452
Idem. Edad para la sustitución	775	»	452
Idem. Efectos	775	»	443
Idem. Extinción	775	»	462
Idem. Formas de la misma	775	»	454
Idem. Hijo desheredado	775	»	453
Idem. Hijos emancipados	775	»	452
Idem. Hijos ilegítimos	775	»	453
Idem. Póstumo	775	»	453
Sustitución pupilar en Roma	775	»	437
Sustitución recíproca	779	»	483
Idem. Sus relaciones con el derecho de acrecer	779	»	488
Idem. Voluntad del testador en la misma	779	»	490

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Sustitución vulgar. Capacidad del sustituto	774	»	432
Idem. Casos especiales	774	»	430
Idem. Efectos	774	»	432
Idem. Extinción	774	»	432
Idem. Formas	774	»	424
Idem. Fórmula de restitución	774	»	431
Idem. Fundamento	774	»	421
Idem. Sustituto del sucesor *ab-intestato*	774	»	430
Sustituciones. Código de Guatemala	»	»	93
Idem. Código de Italia	»	»	60
Idem. Código de Méjico	»	»	83
Idem. Código de Portugal	»	»	69
Sustituciones pupilar y ejemplar. Su extensión en el orden jurídico y económico. Respeto á las legítimas	777	»	471
T			
Tentativa de delito	756	»	293
Testamento á favor de un incapaz	755	»	266
Testamento cerrado. Incapacidad establecida por el art. 754 en contra del Notario autorizante, su esposa, parientes y afines	754	»	263
Testamentos á que se refiere el artículo 754 del Código	754	»	263
Testamentos especiales. Incapacidad de heredar impuesta á los testigos y personas que intervienen en dichos testamentos con respecto á la disposición de última voluntad que autoricen, ó en la cual testifiquen	754	»	265
Testigos ante quienes se otor-			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
gan los testamentos especiales. Les alcanza la incapacidad establecida por el art. 754.	754	»	261
Testigos del testamento abierto. No pueden recibir herencia por razón del testamento en que testifiquen.....	754	»	261
Texto literal de los artículos del Código civil.	»	»	721
Tiempo en que el heredero indigno debe restituir los bienes indebidamente percibidos....	760	»	339
Títulos y grandezas de poseedores de mayorazgos.....	»	Único.	696
Trámites para obtener la aprobación del Gobierno para la validez de las instituciones hechas en favor de un Establecimiento público, bajo condición ó con gravamen	748	»	203
Transmisión de derechos respecto al instituído que premuere al testador, al incapaz y al que renuncia á la herencia.....	766	»	379
Transmisibilidad de la carga impuesta al heredero ó legatario...	797	»	651
Tratadistas y expositores. Causas de incapacidad para suceder.....	744	»	132
Tutor. Fundamento de la incapacidad del tutor para heredar á su pupilo.....	753	»	253
Idem. Ineficacia de la disposición testamentaria del pupilo hecha antes de la aprobación de las cuentas de la tutela...	753	»	253
Idem. Validez de las disposiciones que el pupilo hiciese en favor de su tutor que sea ascendiente, descendiente, hermano ó cónyuge.....	753	»	253

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
U			
Ultima enfermedad.	752	»	227
Idem. Albaceazgo del confesor..	752	»	248
Idem. Su interpretación legal..	752	»	239
Usufructo de los bienes de los hijos del incapaz adquiridos por éstos con ocasión de la incapacidad. Privación del incapaz.....	761	»	346
Usufructo en la sustitución fideicomisaria.....	788	»	564 y 567
V			
Validez del testamento en que no se instituye heredero.....	764	»	367
Validez de la institución hecha á favor de un Establecimiento público. Aprobación del Gobierno.....	748	»	195
Validez de las disposiciones que el pupilo hiciere en favor de su tutor que sea ascendiente, descendiente, hermano ó cónyuge.....	753	»	253
Validez de los contratos celebrados con relación á los bienes hereditarios por el heredero indigno.....	760	»	340
Venta de los bienes en que haya sido instituída el alma del testador.....	747	»	194
Viabilidad de los nacidos á los efectos de la capacidad de suceder.....	745	»	148
Vinculaciones.....	746	»	167
Vinculaciones temporales.....	»	**Único.**	701
Violencia para obligar al causante á testar ó modificar el			

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
testamento ya otorgado. Es causa de indignidad.....	756	»	276
Violencia que impida hacer testamento ó revocar el ya hecho. Es causa de indignidad..	756	»	276
Vitalidad. Opinión de los autores acerca de este concepto.	745	»	148
Voluntad del testador en la sustitución recíproca.....	779	»	490

FE DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
27	3.ª	reservatorio	reservatario
52	13	distribuciones	distribución
60	7.ª	pupilar	vulgar
112	1.ª	Art. 754	Art. 745
152	1.ª	cualquier	cualquiera
161	20	las constituyan	las constituye
191	16	debe	debería
191	28	Esto es	No es esto
193	11	destino	destine
298	5.ª	abrigar	abrigarse
317	26	del no concebido	del no concebido, salvas las especialidades de la sustitución fideicomisaria
331	8.ª	sana doctrina	la doctrina
358	32	originado	ocasionado
391	27	Acaso no inconveniente	Acaso no del todo inconveniente
512	10	sustituyéndola	sustrayéndola
551	28	deberá también	deberá
697	2.ª	mayorazgos y	mayorazgos á

Ex. Ejemplar.

Este tomo se acabó de
imprimir en Madrid
en la imprenta de
Ricardo Rojas
el día 24 de
Julio del
año de
1897